

**M**<sub>2016</sub>



# **OS PRAZOS DE CADUCIDADE NAS AÇÕES DE FILIAÇÃO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1817.º N.1 DO CÓDIGO CIVIL**

TÂNIA RODRIGUES FIGUEIREDO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-PRIVATÍSTICAS SOB A ORIENTAÇÃO DA EXMA. SENHORA PROFESSORA DOUTORA HELENA MARIA MACHADO BARBOSA DA MOTA

## - ÍNDICE -

|                                  |          |
|----------------------------------|----------|
| <b>Resumo/Abstract .....</b>     | <b>2</b> |
| <b>Notas Introdutórias .....</b> | <b>3</b> |

### **CAPITULO I - O direito da filiação**

|  |    |
|--|----|
| 1. Estabelecimento da filiação .....   | 5  |
| 1.1. O princípio da verdade biológica .....  | 7  |
| 1.1.1. A utilização de meios de investigação científica e o direito à integridade pessoal do artigo 25.º, n.º1 CRP ..... | 11 |
| 1.2. Outros princípios constitucionais .....   | 13 |
| 1.2.1. O direito à identidade pessoal-artigo 26.º, n.º1 CRP .....  | 13 |
| 1.2.2. O direito ao desenvolvimento da personalidade .....   | 15 |
| 1.2.3. O direito a constituir família- artigo 36.º, n.º1, 1.ª parte CRP .....  | 16 |
| 1.2.4. A proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento- artigo 36.º, n.º 4 CRP .....                  | 18 |
| 1.3. Modos de estabelecimento da filiação .....  | 20 |

### **CAPITULO II- O reconhecimento judicial da filiação**

|   |    |
|---|----|
| 1. Evolução legislativa do instituto .....  | 26 |
| 1.1. O sistema anterior à Reforma de 1977 .....   | 26 |
| 1.2. Da Reforma de 1977 ao direito atual .....  | 28 |
| 1.3. A previsão de um prazo de caducidade na propositura de ação de investigação da maternidade e paternidade. Evolução legislativa ..... | 34 |
| 1.3.1. A Lei n.º 14/2009 de 1 de Abril .....  | 37 |
| 1.4. O prazo de caducidade na propositura da ação de investigação da maternidade e paternidade em direito comparado .....                 | 38 |

### **CAPITULO III: Caducidade vs Imprescritibilidade do prazo nas ações de investigação da maternidade e paternidade**

|  |    |
|--|----|
| 1. Justificações tradicionais para a existência de um prazo de caducidade nas ações de investigação da maternidade e paternidade ..... | 40 |
| 1.1. A segurança jurídica .....  | 40 |
| 1.2. O envelhecimento das provas .....   | 41 |
| 1.3. A proteção do património .....  | 42 |
| 2. A duração do prazo do artigo 1817.º, n.º1 CC: juízo de (in)constitucionalidade .....  | 45 |
| 3. A abertura à imprescritibilidade .....  | 47 |
| 4. Opinião critica e considerações finais .....  | 53 |

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| <b>Bibliografia .....</b> | <b>56</b> |
|---------------------------|-----------|

## **- RESUMO -**

Todo o ser humano tem o direito de conhecer a sua origem biológica, os seus ascendentes e estabelecer ou ver reconhecidos os vínculos de filiação.

Apesar de nem a doutrina nem a jurisprudência negarem o carácter fundamental desse direito, ele está limitado pelo prazo de caducidade exigido para a ação de investigação da maternidade previstos no artigo 1817.º, n.º1 CC e aplicável à investigação da paternidade por remissão do artigo 1873.º CC.

O antigo prazo de dois anos foi declarado inconstitucional com força obrigatória geral em 2006 e em 2009 o legislador alargou o prazo para dez anos. Quanto a este, a doutrina maioritária continua a considera-lo inconstitucional por violação dos direitos constitucionais acima referidos enquanto a jurisprudência está dividida entre admitir a constitucionalidade do prazo por razões de segurança jurídica e de proteção do património ou julga-lo inconstitucional. O Tribunal Constitucional tem vindo desde 2009 a assumir o prazo como conforme à Constituição mas a restante jurisprudência não tem opinião uniforme. Este trabalho tem como propósito aferir se o prazo atualmente em vigor é admissível em face dos valores e direitos constitucionais em causa e dar a conhecer as soluções sugeridas pela doutrina e jurisprudência sobre a questão.

## **- ABSTRACT -**

Every human being has the right to know their biological origins, their ancestors, and establish or recognize affiliation links. While neither the doctrine nor the jurisprudence deny the fundamental character of this right, it is limited by the limitation period required for motherhood research action under Article 1817.º paragraph 1 and applicable to the investigation of paternity by reference to Article 1873.º. The former two-year period was declared unconstitutional, reinforced in 2006 and in 2009 the legislature extended the deadline for ten years. Although, the major doctrine continues to consider it unconstitutional for violating constitutional rights, as mentioned above. The jurisprudence is divided between admitting the constitutionality of the term for reasons of legal certainty and heritage protection, and judging it as unconstitutional. According to the Portuguese Constitution, The Constitutional Court is to take the term since 2009, but the rest of jurisprudence has no uniform opinion. This study aims to assess whether the period currently in effect is admissible against the values and constitutional rights in question, and the solutions suggested by the doctrine, given the consideration of the term as unconstitutional.

## - NOTAS INTRODUTÓRIAS -

A filiação, enquanto fenómeno baseado quase exclusivamente<sup>1</sup> nos laços de sangue e no vínculo biológico da procriação, levanta várias questões éticas, sociológicas e jurídicas<sup>2</sup>. Neste trabalho, propomo-nos analisar a questão jurídica da constitucionalidade do prazo de caducidade das ações de investigação da maternidade e paternidade, questionando, pois, o seu (possível) carácter imprescritível.

Estando a ideia de filiação essencialmente ligada ao fenómeno da procriação, fenómeno natural, que se distingue do jurídico, mas que nele ganha relevância, surgem vários direitos em confronto que se torna necessário harmonizar. Qual deverá ter mais peso? O direito do filho a poder, em qualquer momento, ver estabelecidos e reconhecidos os laços de filiação ou o direito do progenitor a não ver diferida no tempo uma situação de incerteza ou até a não querer ver estabelecidos esses vínculos? É que, conforme o peso reconhecido a cada um destes direitos, maior impacto terá na adoção e consequente aplicação de prazo de caducidade ou, por outro lado, no reconhecimento do valor da imprescritibilidade do direito de investigar a filiação.

O nosso sistema jurídico já acolheu, em diferentes épocas, ancoradas em distintos valores, as duas opções. No entanto, desde 1966 tem-se verificado uma tendência pela manutenção de prazos de caducidade do direito de investigar, se bem que cada vez mais alargados - se inicialmente o direito de investigar caducava passados dois anos após a maioridade ou emancipação do investigador, neste momento esse direito só caduca dez anos depois. Pode, pois, questionar-se se o sucessivo alargamento do prazo se traduz numa posição tímida e ainda não assumida em favor da imprescritibilidade. Tanto a doutrina como jurisprudência maioritárias entendem ser de admitir a eliminação dos prazos de caducidade, enquanto a doutrina minoritária defende que a limitação do direito de investigar a maternidade e paternidade através do estabelecimento de um prazo para o efeito é admissível. A assunção de meios de prova científicos permite uma determinação objetiva dos vínculos de filiação biológica, não sendo já de temer as inseguranças quanto aos meios de prova tradicionais que eram extremamente falíveis.

---

<sup>1</sup>A adoção, tem por base, não um vínculo biológico, mas afetivo, produzindo efeitos jurídicos similares à filiação biológica. Como resulta do artigo 1586.º CC a “adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas...”.

<sup>2</sup>PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p.3.

O objetivo fundamental do nosso estudo é questionar qual a melhor solução no âmbito da investigação da maternidade e paternidade: a existência ou não de prazo. Iremos, assim, analisar os direitos associados ao interesse do filho em ver a sua maternidade/paternidade estabelecida, mas também o faremos relativamente aos direitos do progenitor que não o quer reconhecer. E nesta contraposição veremos que uns interesses têm prevalência sobre outros; uns ganharam, com o passar dos anos, maior densidade que outros, mas “nenhum direito é (...) ilimitadamente elástico e cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade<sup>3</sup>”.

Estando em causa direitos constitucionais e a sua harmonização com a legislação ordinária, é necessário relembrar que “a realização ótima das prescrições constitucionais depende da intensidade ou modo como os direitos são afetados no caso concreto, atentos o seu conteúdo e a sua função específica. Isto é, a medida em que se vai comprimir cada um dos direitos (ou valores) é diferente, consoante o modo como apresentam as alternativas possíveis de solução do conflito<sup>4</sup>”.

O facto de a lei prever um prazo de caducidade para as ações de investigação da paternidade e maternidade significa que existem filhos que nunca vão ter a possibilidade de estabelecer juridicamente a sua ascendência. A previsão no n.º 4 do artigo 36.º da CRP, que preceitua a igualdade perante a lei dos filhos nascidos do casamento e fora dele, não será posta em causa com a previsão legal de prazos de caducidade? É que a existência de prazos limita o direito desses filhos em ver estabelecida a sua paternidade ou maternidade e prevendo a Constituição um tratamento igual de todos os filhos, não estará a lei ordinária a violar uma norma constitucional? E o direito fundamental à identidade pessoal? Será devidamente protegido com a existência de um prazo limitativo? E como pode um direito considerado fundamental, com acolhimento constitucional através do direito à identidade pessoal, não ter relevo jurídico apenas pelo simples decorrer de um qualquer prazo validado pelo legislador?

Tentaremos nas páginas seguintes responder a estas questões.

---

<sup>3</sup>JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.181.

<sup>4</sup>VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p.302.

## **Capítulo I**

### **- O DIREITO DA FILIAÇÃO -**

#### **1. ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO**

Todos os seres humanos têm na sua génese a procriação por um homem e uma mulher, estando sempre presentes os genes de um e de outro, mesmo que não de forma direta no ato sexual<sup>5</sup>. No mundo jurídico a procriação ganha relevo através da filiação. Assim, a filiação biológica une duas pessoas em virtude de uma ter gerado a outra, e identifica-se com o parentesco em 1.º grau da linha reta (artigo 1578.º CC). Além de vínculo biológico, traduz também um vínculo jurídico, para que os seus efeitos se produzam na esfera jurídica dos seus titulares. A lei designa “estabelecimento da filiação” a este fenómeno de receção ou reconhecimento dos laços. Assim, o artigo 1797.º n.º1 CC refere que “Os poderes e deveres emergentes da filiação ou do parentesco nela fundado só são atendíveis se a filiação se encontrar legalmente estabelecida”. Apesar de a filiação só ter relevância jurídica quando estiver legalmente estabelecida, o seu reconhecimento tem apenas eficácia declarativa e não constitutiva, pelo que refere o n.º2 que “o estabelecimento da filiação tem eficácia retroativa<sup>6</sup>”.

Relativamente aos filhos, o direito ao estabelecimento da filiação “constitui-se como um ineliminável direito à identidade pessoal, na perspetiva do conhecimento das origens genéticas<sup>7</sup>, sendo ao pretenso progenitor imputada uma responsabilidade inalienável<sup>8</sup>”.

Normalmente, a filiação juridicamente estabelecida no registo de nascimento corresponde à biológica, mas nem sempre assim será, havendo, por isso, a possibilidade de impugnar a maternidade (artigo 1807.º CC), a paternidade presumida do marido da mãe (artigos 1838.º e ss do CC), cuja presunção de paternidade pode nem funcionar se a mãe casada declarar que o marido não é o pai (artigo 1839.º CC) ou se os filhos forem concebidos depois de findar a coabitação dos cônjuges (artigo 1829.º CC). A perfilhação também pode ser impugnada (artigo 1859.º CC) assim como é possível recorrer aos expedientes da ação de investigação da

---

<sup>5</sup>Situação típica da Procriação Medicamente Assistida, em que há a formação de um embrião sem ato sexual. As técnicas de PMA encontram-se reguladas na Lei n.º 32/2006, com as alterações da Lei n.º 17/2016 de 20 de junho. Para mais desenvolvimentos, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 208 e ss.

<sup>6</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito da Família*, AAFDL, 1997, p. 222.

<sup>7</sup>CARLA AMADO GOMES, “Filiação, adoção e proteção de menores- Quadro Constitucional e notas de jurisprudência” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 21.

<sup>8</sup>PAULA TÁVORA VÍTOR, “A propósito da lei nº 14/2009, de 1 de Abril: Breves considerações”, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 88.

maternidade (artigos 1814.º a 1825.º CC) e da paternidade (artigos 1869.º a 1873.º CC) para que haja um reconhecimento judicial, sem que para isso os filhos/investigantes devam estar sujeitos a regras demasiado onerosas ou a requisitos complicados de satisfazer. No entanto, apesar dos esforços do nosso sistema jurídico, nem sempre a verdade jurídica coincide com a verdade biológica.

Durante muito tempo a filiação esteve intrinsecamente ligada ao vínculo de casamento, sendo os filhos categorizados em legítimos e ilegítimos consoante a sua origem, rejeitando-se a investigação dos vínculos de filiação. Com a Reforma de 1977, desapareceu a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, porquanto não devem as pessoas ser catalogadas consoante as que conhecessem as suas raízes biológicas e as que não têm esse direito/possibilidade<sup>9</sup>.

Além do interesse particular do filho em ver estabelecida a sua filiação, o Estado tem também nisso um interesse público, atendendo ao princípio da verdade biológica e ao valor da família, como elemento fundamental da sociedade que tem direito à proteção do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros (artigo 67.º n.º1 CRP) e à proteção da infância cujo objetivo é o desenvolvimento integral de todas as crianças contra todas as formas de abandono e discriminação (artigo 69.º n.º1 CRP). A previsão da averiguação oficiosa da paternidade e maternidade surge como concretização do interesse do Estado no estabelecimento do princípio da verdade biológica. A averiguação oficiosa não sendo um modo de estabelecimento da filiação, é “uma atividade imposta por lei com o objectivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos modos possíveis<sup>10</sup>” e fundamenta-se no direito à identidade e integridade moral, de modo a permitir a melhor socialização do filho e obrigar o progenitor a participar nas suas necessidades económicas. Além disso, tendo-se acabado com as discriminações baseadas nas várias categorias de filhos, não fazia sentido garantir a igualdade de direitos se não fosse o Estado a encetar os esforços possíveis para estabelecer a filiação<sup>11</sup>.

Apesar de todas as considerações acerca do peso deste direito, que ninguém nega ser fundamental, existem ainda limitações temporais ao seu exercício que, nas palavras de uns, são um mero condicionamento ao seu exercício e, portanto, expressamente admitidas pela CRP, enquanto outras vozes se levantam a afirmar que a existência de prazo é uma restrição ao direito, não admitida pela CRP.

Verifica-se assim, neste campo, uma necessidade clara de harmonizar os direitos em

---

<sup>9</sup>STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 519.

<sup>10</sup>JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito...*, cit., p. 135.

<sup>11</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 145.

causa sem, no entanto, defraudar as expectativas legitimamente criadas de um lado e do outro da barricada, o que naturalmente causa conflitos.

Enquanto a filiação se não achar estabelecida juridicamente, nenhuns direitos podem ser invocados já que o estabelecimento da filiação é um ato sujeito a registo; encontrando-se estabelecida, registada, os seus efeitos têm eficácia retroativa e, consequentemente, a filiação jurídica recua ao tempo em que começa a biológica<sup>12</sup> (artigo 1797.º n.º2 CC).

### **1.1. O princípio da verdade biológica**

O princípio da verdade biológica é o princípio informador do nosso Direito da Filiação, adquirindo extrema importância nas suas regras de estabelecimento. A gravidade que a incerteza sobre os laços de filiação desperta nas pessoas evidencia a importância que o Direito atribui à verdade biológica dos vínculos como “critério ordenador e estruturante das relações entre as pessoas<sup>13</sup>”.

Este princípio significa que “se pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho”, ou seja, as normas legais existentes têm que ser adequadas a que a realidade jurídica expresse a verdade biológica e que se prevejam mecanismos de correção de paternidade ou maternidade juridicamente estabelecidas que não correspondam à verdade dos laços de filiação<sup>14</sup>, estabelecendo-se assim coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica.

O nosso sistema aderiu ao princípio da verdade biológica em detrimento de outros valores ou princípios constitucionalmente ou ordinariamente protegidos, embora não totalmente, pois ainda hoje são admitidos prazos de caducidade<sup>15</sup>.

Com a aprovação da CRP de 1976 e a consequente Reforma do CC de 1977 passou a vigorar no nosso sistema jurídico um regime biologista, ou pelo menos uma abertura ao princípio da verdade biológica: os laços de sangue passaram a ser o fator determinante para estabelecer laços jurídicos de filiação; se por ventura os laços jurídicos não corresponderem

---

<sup>12</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 10.

<sup>13</sup>MARIA JOSÉ CAPELO, *Interesse...*, cit., p. 11.

<sup>14</sup>PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, volume II, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 52. Ver também SUSANA COSTA, *(S)Em nome do pai*, p. 173, disponível em [www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=2306](http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=2306)

<sup>15</sup>Mantêm importância os princípios da segurança e certeza jurídica por exemplo, motivo pelo qual as ações de investigação não estão previstas na lei como imprescritíveis; no entanto, a orientação dominante na doutrina e na jurisprudência é a de abertura à imprescritibilidade.



aos laços sanguíneos é possível impugnar e investiga-los sem reservas<sup>16</sup>. Cessaram assim as distinções, no estabelecimento da maternidade, consoante o estado civil da mãe, deixando de fazer sentido a figura da perfilhação materna nos casos de mães não casadas: a maternidade é feita no registo de nascimento (artigo 1803.º n.º1 CC). Relativamente ao estabelecimento da paternidade, até 1977, a presunção de paternidade tinha uma força exagerada: os filhos de mulher casada eram sempre tidos pela lei como filhos do marido, mesmo quando as evidências o negavam e a paternidade apenas podia ser impugnada em situações muito concretas. Com a abertura à verdade biológica foi mais fácil obviar à presunção legal de paternidade e fazer corresponder a verdade jurídica à biológica<sup>17</sup>.

Permitiu ainda a admissão de novos meios de prova através da utilização de exames científicos, com a introdução do artigo 1801.º do CC, “inaugurando a abertura à denominada verdade biológica com base em métodos cientificamente provados, estabelecendo o princípio de que os laços de sangue entre o pai e o filho são a principal determinante do reconhecimento judicial<sup>18</sup>”. A admissão dos novos meios de prova científicos tornou o sistema mais rápido, eliminando os problemas decorrentes da difícil ponderação dos meios de prova mais falíveis, da falta de credibilidade dos testemunhos, etc. Assim, a maior abertura ao princípio da verdade biológica é consequência lógica da evolução dos costumes e da ciência<sup>19</sup>.

No entanto, a procura da verdade biológica, apesar de ser um princípio fundamental no âmbito do Direito da Filiação, não é admissível a todo o custo. Em determinadas situações o princípio do biologismo cai em prol do vínculo afetivo, de razões de conveniência social, da vontade ou até por não ser possível determinar os laços de sangue. Disso são exemplos os casos seguintes:

---

<sup>16</sup>JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação*, Lisboa, Livraria Petrony, 2001, p. 23. As reservas que existem relativamente à averiguação oficiosa da maternidade e paternidade, não se aplicam às ações de investigação. O suposto filho, querendo, pode sempre intentar ação e investigação, sujeito ao prazo previsto na lei de dez anos, mas não está condicionado pelos pressupostos processuais negativos da averiguação oficiosa da paternidade levada a cabo pelo Ministério Público a saber: a suspeita de incesto e a decorrência de dois anos após o nascimento da criança que invalida a averiguação oficiosa.

<sup>17</sup>JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação...*, cit., p. 24.

<sup>18</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “O sangue, os afectos e a imitação da Natureza” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, nº 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 12. Ver ainda HELENA MACHADO, *Moralizar para identificar. Cenários da investigação judicial da paternidade*, Porto, Edições Afrontamento, 2007, p. 21.

<sup>19</sup>É fácil compreender que em certas épocas a verdade biológica cedesse face a outros valores, como a proteção da família constituída pelo pretenso pai, a certeza e a segurança jurídica ou ainda pela dificuldade de prova, já que maioritariamente a prova era testemunhal com todos os riscos a ela associados. Ora, com o passar dos anos a prova fica tendencialmente mais fraca, porque os factos deixam de estar tão vivos na cabeça de quem os presenciou. Contudo a evolução da ciência, trouxe novos métodos de investigação, mais fiáveis que as simples testemunhas.

a) Presunção de paternidade (artigo 1826.º CC): Presume-se a paternidade do marido da mãe, se esta é casada, mesmo que na realidade não seja o pai da criança, pois pela “normalidade das coisas humanas o marido é o pai biológico dos filhos do seu cônjuge<sup>20</sup>”.

b) No que diz respeito à PMA, se o cônjuge da mulher sujeita a PMA consentiu com a utilização da técnica não pode mais tarde impugnar a paternidade da criança que dessa forma veio a ser gerada e que nasce na constância do matrimónio<sup>21</sup>.

c) Relativamente à perfilhação (artigo 1849.º e ss CC), sendo um ato livre e de vontade, pode não corresponder à verdade biológica se a pessoa que perfilha não for o pai. Aqui, tal como na presunção de paternidade, o Estado não se intromete. Salienta-se, também, a recusa do filho maior em ser perfilhado pelo perfilhante (artigo 1857.º n.º1 CC). É necessário um ato de vontade do filho, caso contrário a verdade biológica não prevalece.

d) Os prazos de caducidade atualmente admissíveis para intentar a ação de investigação da maternidade ou paternidade (artigo 1817.º n.º1 aplicável às ações de investigação da paternidade por remissão do artigo 1873.º CC) ou ainda os prazos para impugnar a paternidade estabelecida (artigo 1842.º CC) também se traduzem num limite à verdade biológica, pois existe um limite temporal a partir do qual não se pode estabelecer/questionar a relação da filiação<sup>22</sup>.

e) A verdade biológica não é aferida se a averiguação oficiosa da maternidade ou da paternidade improceder, ou seja, se não houver provas suficientes para aferir a paternidade.

f) A procura da verdade biológica não é também admissível nos casos em que o Ministério Público averigua oficiosamente a maternidade ou paternidade que não se encontra estabelecida se existir uma situação de suspeita de incesto (artigos 1809.º alínea a) e 1866.º alínea a) CC) ou se tiverem decorrido dois anos sobre o nascimento da criança (artigos 1809.º alínea b) e 1866.º alínea b) CC). O incesto, não sendo legalmente penalizado, é moralmente reprovável, além de que quase sempre decorre de um crime<sup>23</sup>. Com esta proibição o Estado quis evitar a imposição da revelação do incesto. Não é também admitida a averiguação

---

<sup>20</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério Jurídico da Paternidade*, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 59.

<sup>21</sup>Sobre a problemática da Procriação Medicamente Assistida conferir, entre outros, STELA BARBAS, *Direito...*, cit..

<sup>22</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA dizia que “sempre que o direito de mover uma ação judicial para o estabelecimento da paternidade estiver sujeito a caducar pelo decurso do tempo, pode dizer-se que a descoberta da verdade biológica não é um imperativo absoluto do sistema analisado: o decurso do prazo cala a revelação da progenitura e a relevância jurídica do parentesco. Os sistemas jurídicos que prescrevem alguma forma de caducidade da ação admitem que, em algum caso, falte o reconhecimento jurídico da verdade biológica” – cfr. *Critério Jurídico*, cit., p. 460.

<sup>23</sup> Artigo 164.º, n.º2 do Código Penal.

oficiosa se já tiverem decorrido dois anos sobre o nascimento da criança. O Estado, detentor de interesse público na determinação dos laços de filiação, tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para a efetivação dos laços logo após o nascimento da criança. Decorrendo dois anos, as provas não serão tão fáceis de obter e por isso os esforços desenvolvidos dificilmente terão sucesso.

g) No que concerne à inseminação artificial com sémen de terceiro, se tiver havido consentimento do cônjuge não é possível impugnar a paternidade com esse fundamento (artigo 1839.º n.º 3 CC).

É importante salientar que, apesar de o Estado se demitir da procura da verdade biológica, por considerar que existem valores e interesses mais relevantes a proteger, os particulares devidamente legitimados por iniciativa própria podem restabelecer a verdade do sangue. Assim, no caso da presunção de paternidade, a realidade social deixa de ser valorizada se a mãe declarar no assento de nascimento que o seu marido não é o pai ou se este, o filho ou a mãe, decidirem mais tarde impugnar a paternidade que se presumiu (artigo 1839.º CC). Relativamente à perfilhação, apesar de ser um ato de vontade, pode ser impugnada em juízo mesmo após a morte de quem perfilhou (artigo 1859.º n.º1 CC), permitindo-se ainda a perfilhação de filhos incestuosos.

Quanto aos prazos de caducidade, a opinião sobre a sua existência não é unânime, como é possível comprovar no Capítulo III deste estudo, estando a jurisprudência e a doutrina divididas entre a sua admissibilidade e a imprescritibilidade das ações. Já a não existência de provas durante a averiguação oficiosa da maternidade e paternidade não obsta a que mais tarde o filho instaure por iniciativa sua uma ação de investigação para repor os laços biológicos ainda perdidos. O mesmo se pode dizer quanto à impossibilidade de investigação pelo Ministério Público perante um caso de incesto e de decurso do prazo de dois anos após o nascimento: esse impedimento não afasta a possibilidade de o filho recorrer a tribunal, para que através de uma ação de investigação da maternidade/paternidade veja reconhecidos os seus vínculos de filiação. A constitucionalidade da caducidade do direito de ação do Ministério Público, após dois anos do nascimento na averiguação oficiosa da paternidade foi posta em causa por se considerar que a existência de prazo violaria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º da CRP, na vertente do direito ao conhecimento e reconhecimento da ascendência biológica, nos mesmos termos que foi posta em causa a caducidade do direito do filho investigar a sua maternidade e paternidade, no

entanto o acórdão do TC n.º 604/2005<sup>24</sup> veio julgar o prazo como constitucional, pois o Ministério Público age em defesa do interesse público do Estado em ver estabelecidos o mais rápido possível os laços de filiação, não agindo em representação do menor. Citando o acórdão referido, a proteção dos direitos fundamentais da criança, “não pode ir ao ponto de exigir por parte do Estado uma intervenção sem quaisquer limites temporais, que se substitua à vontade dos cidadãos no exercício dos direitos de que são titulares”. Assim, apesar de a ação do Ministério Público ser condicionada<sup>25</sup>, o decurso do prazo não extingue o direito do filho de intentar ação de investigação para estabelecer a paternidade.

Finalmente, quanto à inseminação artificial, não tendo o cônjuge legitimidade para impugnar a paternidade (porque com ela consentiu), pode o filho, mais tarde, impugná-la, pois não há nada na lei a impedi-lo.

#### **1.1.1. A utilização de meios de prova científica**

Em 1977 verificou-se uma abertura a novos meios de prova, nomeadamente aos exames científicos, sendo mais fácil assim provar-se os laços de sangue e, por conseguinte, efetuar-se a coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica e favorecer-se a descoberta dos vínculos biológicos de filiação. Esta inovação deveu-se ao artigo 1801.º do CC e que traduziu a maior expressão da abertura ao biologismo. Salienta-se que apesar de ser uma regra implementada com a Reforma, no direito anterior a admissibilidade dos meios de prova científica resultava do princípio da liberdade de prova<sup>26</sup>. Simplesmente, em 1977, foram expressa e inequivocamente admitidos, sem reservas, os métodos cientificamente comprovados. O artigo 1801.º CC mostra-se, assim, favorável à evolução da ciência que possa auxiliar a estabelecer vínculos de filiação. Os exames de sangue primeiramente utilizados permitiam excluir a paternidade com convicção, mas não eram ainda adequados a confirmá-la. Assim, em juízo, era possível excluir a paternidade de determinada pessoa, mas ainda não era possível afirmá-la apenas com base nos meios de prova científicos. Era necessário recorrer

---

<sup>24</sup>Acórdão do TC n.º 604/2005, de 26.11.2015, processo n.º 604/2015, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>25</sup>E bem, no entender de CRISTINA DIAS, ao concordar com a decisão proferida com o acórdão referido infra. Ao sustentar a sua posição de concordância refere, tal como no acórdão, que não se pode confundir a ação de investigação da paternidade com a averiguação oficiosa levada a cabo pelo Ministério Público. Os interesses em causa são diferentes e os direitos fundamentais envolvidos também, pelo que a decorrência do prazo de caducidade de dois anos, na averiguação oficiosa não põe em causa nem substitui uma posterior ação de investigação proposta pelo pretense filho – cfr. “*O prazo de dois anos para a acção intentada pelo Ministério Público de investigação da paternidade do artigo 1866.º, n.º 2, do CC*”. *Cordão do Tribunal Constitucional n.º 604/, n.º 2, do CC, de 26.11.2015, P. 631/15*” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52, Outubro/Dezembro, Braga, CEJUR, 2014, p. 59 e 60.

<sup>26</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p.15-16.

a outros meios de prova, como a prova testemunhal ou as presunções. A possibilidade de prova exclusiva tornou-se real em meados da década de 90 com a descoberta dos perfis de ADN<sup>27</sup>, que tornaram os exames hematológicos muito mais fiáveis, através do contributo do genoma humano, sendo possível afirmar a paternidade ou maternidade com quase 100% de certeza. A utilização dos exames de ADN veio revolucionar o estudo da filiação e por conseguinte os seus meios de prova.

Quanto à sua utilização, entende-se que este meio de prova tem força plena, mas a sua realização coerciva não é admitida. Deste modo, se o investigado, numa ação de investigação da maternidade ou paternidade recusar, submeter-se a exames sanguíneos para aferir o seu vínculo de filiação com o investigador, entende-se que não se pode obrigar à realização do exame. O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela primeira vez sobre esta questão no acórdão n.º 616/98<sup>28</sup>. Uma das questões controvertidas consistia em aferir se o artigo 519.º CPC (atual 417.º NCPC), que postula o dever de colaboração das partes para a descoberta da verdade, exigia a submissão aos exames constantes no artigo 1801.º CC, porque estaria em causa a violação do direito à integridade pessoal constante do artigo 25.º CRP. Os juízes consideraram que a submissão a exame de sangue era uma intervenção banal mas admitiram que a realização contra a vontade do examinado constituía uma ofensa à integridade física da pessoa. No entanto, referiram que, balanceando os direitos em causa (direito à integridade pessoal do investigado e direito à identidade pessoal do investigador), não era arbitrário limitar o primeiro, devido ao grau mínimo de ofensa corporal em que se traduzia o exame<sup>29</sup>.

A importância deste meio de prova é enorme, pois exames genéticos permitem uma quase absoluta certeza em relação aos resultados dos testes. A verdade biológica dos vínculos de

---

<sup>27</sup>Ácido desoxirribonucleico. Para compreender como se determina o ADN: ANTOINE DANCHIN, *A decifração genética: o que o texto dos genomas revela*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998.

<sup>28</sup>Acórdão do TC n.º 616/98, de 21.10.1998, processo n.º 363/97, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>29</sup>É opinião dominante que recolher material que contenha ADN como saliva ou cabelo não viola a integridade física ou moral, não havendo neste caso conflito de direitos, já que não é necessário utilizar técnicas invasivas essenciais para recolher sangue. JOÃO FERNANDO FERREIRA PINTO, “*Estabelecimento da Filiação, Prova Pericial, Evolução Jurisprudencial*” in *Maia Jurídica*, ano II, Nº2, Maia, Associação Jurídica da Maia, 2004, p. 125. PAULO CORREIA, sustentando a ilegitimidade da recusa de submissão aos testes hematológicos, pela contraposição dos direitos constitucionais em causa, é da opinião que, atendendo ao princípio da proporcionalidade, o “direito do pretense pai à integridade física, soçobra claramente perante o direito do menor à sua identidade pessoal. A dignidade humana e a integridade física não ficam em causa em virtude da sujeição a um exame de sangue; ao contrário, na decorrência da não realização do mesmo é que pode ser colocada em causa a dignidade de outro sujeito” – cfr. “*Notas sobre o processo de averiguação oficiosa da maternidade/paternidade*” in *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de menores-Prof. Doutor. F. M. Pereira Coelho*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 12-13. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.02.2012 seguiu a mesma opinião considerando, ainda no caso de recusa, a condenação em pena de multa e a inversão do ónus da prova.

filiação sobrepõe-se, por fim, à verdade sociológica<sup>30</sup>, ou seja, com a utilização destes testes é possível, por um lado, credibilizar uma paternidade com grande grau de certeza e, por outro, refutar uma paternidade estabelecida que não corresponde à verdadeira.

O ADN instalou-se como verdadeiro meio de prova<sup>31</sup>, trazendo um poder acrescido na verificação da filiação. Nasceu, deste modo, uma relação privilegiada e estreita entre o Direito e a Genética, terminando os receios de envelhecimento das provas. Com os testes de ADN é possível comprovar a paternidade a 99,999999 %, o que torna praticamente irrisória a margem de erro, até pelo auxílio dos restantes meios de prova admissíveis.

Deve, no entanto, admitir-se, apesar da verdade da prova, o princípio do contraditório, permitindo, por exemplo, ao pretenso progenitor a realização de novo exame devido à existência de erro humano na realização do primeiro<sup>32</sup>.

## **1.2. Outros princípios constitucionais**

### **1.2.1. O direito à identidade pessoal – artigo 26.º, n.º1 CRP**

A inserção de um ser humano numa cadeia de relações intersubjetivas é essencial para a construção da sua identidade pessoal<sup>33</sup>. As diferenças apuram-se na comparação das idiossincrasias do outro<sup>34</sup>, pelo que a identidade de cada pessoa implica que ela seja um ser distinto de todos os outros<sup>35</sup>; é aquilo que a caracteriza como uma “unidade individualizada por uma determinada vivência pessoal<sup>36</sup>” no quadro de uma comunidade de sentido<sup>37</sup>.

Reconhecer o direito à identidade pessoal implica admitir um princípio de verdade pessoal, já que ninguém pode ser obrigado a viver de forma diferente do que entende melhor

---

<sup>30</sup>SUSANA COSTA, *O silêncio do ADN quando a verdade biológica é inconveniente*, 2010, p. 3, disponível em [http://cabodotrabalhos.ces.uc.pt/pdf/26\\_Susana\\_Costa.pdf](http://cabodotrabalhos.ces.uc.pt/pdf/26_Susana_Costa.pdf)

<sup>31</sup>Traz inúmeras vantagens: pode ser feito através de qualquer material humano, é menos dispendioso que os exames sanguíneos, permite a investigação da paternidade na fase pré-natal, permite a investigação da paternidade ou maternidade mesmo quando os pretensos pais estão mortos, pois é possível obter ADN de defuntos, sendo ainda um método conclusivo nos casos de incesto – cfr. STELA BARBAS, *Direito...*, cit., p. 534.

<sup>32</sup>ANA RAQUEL PESSOA, “Da investigação condicionada à liberdade de investigação da paternidade” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 109.

<sup>33</sup>MARIA JOSÉ CAPELO, “Interesse...” cit., p. 11.

<sup>34</sup>Também ao nível do genoma humano e da identidade genética, protegida pelo artigo 26.º, n.º 3 CRP. Para uma análise da identidade genética do ser humano, cfr. JOÃO CARLOS GONÇALVES LOUREIRO, “O direito à identidade genética do ser humano” in *Studia Iuridica*, 40, Portugal-Brasil, 2000, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 264 e ANA ELISABETE FERREIRA, “A intangibilidade da identidade genética- um direito humano? Porquê?” in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16, 2001, Coimbra, Coimbra Editora, p. 107 e ss.

<sup>35</sup>STELA BARBAS, *Direito...*, cit., p. 496.

<sup>36</sup>JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 609.

<sup>37</sup>JOÃO CARLOS GONÇALVES LOUREIRO, “O direito à ...”, cit., p. 292.

para si e do que intrinsecamente é<sup>38</sup>.

Apesar deste direito fundamental não se incluir no âmbito das relações familiares, tem particular importância na discussão do direito a ver estabelecidos os laços de filiação<sup>39</sup>, já que esses elementos são estruturantes e fundamentais na identidade e personalidade de um indivíduo<sup>40</sup>. A possibilidade de investigar a maternidade e paternidade, e assim estabelecer vínculos de filiação sem estar sujeito a pressupostos de admissibilidade, como acontecia até à Reforma de 1977, constitui um dos aspetos mais importantes da tutela atribuída à importância do filho conhecer as suas origens biológicas, a sua ascendência, corolário do direito à identidade pessoal. A este respeito, há quem aponte, no âmbito do direito à identidade pessoal, a existência de um direito à historicidade pessoal<sup>41</sup> ou um direito às raízes pessoais<sup>42</sup>. Este direito implica uma identidade histórica nas palavras de Stela Barbas<sup>43</sup> no sentido de a identidade da pessoa se determinar também em relação à sua família, aos seus antepassados e envolve a necessidade de conceber meios legais para demonstrar e estabelecer vínculos de filiação, seja através da averiguação oficiosa de maternidade e paternidade, seja pela perfilhação, pela possibilidade de intentar ações de investigação ou pela admissão legal de utilização de meios de prova científicos que têm o poder de determinar de forma mais conclusiva os vínculos existentes.

Jorge Miranda<sup>44</sup> considera o direito ao conhecimento e estabelecimento da maternidade e paternidade um direito fundamental implícito do direito à identidade pessoal

Na esteira de Carla Amado Gomes, “nós somos o que o nosso património genético somado à educação que os nossos pais nos deram, resultou. A tranquilidade emocional de uma pessoa depende do conhecimento das suas raízes; a sua busca de felicidade pessoal deve, sempre que possível, prescindir da realização de enigmáticas buscas sobre as suas fundações identitárias (biologicamente falando). Identidade pessoal e filiação interpenetram-se, portanto<sup>45</sup>”.

Saber quem sou implica saber de onde venho, “quais são os meus antecedentes genéticos,

---

<sup>38</sup>JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, cit., p. 609.

<sup>39</sup>PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de ...*, cit., p. 50.

<sup>40</sup>HELENA MACHADO, “*Vaca que anda no monte não tem boi certo*”: uma análise da prática judicial de normalização do comportamento sexual e procriativo da mulher” in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 55, Novembro, Centro de Estudos Sociais, 1999, p. 181, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3596>

<sup>41</sup>Expressão de GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1993, p. 179.

<sup>42</sup>STELA BARBAS, *Direito ...*, cit., p. 496.

<sup>43</sup>*Idem*.

<sup>44</sup>JORGE MIRANDA, *Manuel de ...*, Tomo IV, cit., p. 187.

<sup>45</sup>CARLA AMADO GOMES, “*Filiação ...*”, cit., p. 22.

onde estão as minhas raízes familiares, geográficas e culturais<sup>46</sup>”. É “um direito de conformação da própria vida, um direito de liberdade geral de acção cujas restrições têm de ser constitucionalmente justificadas, necessárias e proporcionais. É certo que tanto o pretenso filho como o suposto progenitor têm o direito de invocar este preceito constitucional, mas não será forçado dizer que ele pesa mais do lado do filho, para quem o exercício do direito de investigar é indispensável para determinar as suas origens, a sua família, numa palavra, a sua “localização” no sistema de parentesco<sup>47</sup>”.

Mario Bigotte Chorão<sup>48</sup> insere este direito constitucional num critério deontológico: “O princípio de família”; todo o homem deve ser tratado como um ser familiar e “é, por essência, *homo familiaris*, sendo a intrínseca contextura familiar elemento constitutivo dele e base da sua identidade pessoal.”

Nem a nível doutrinal nem jurisprudencial se nega a existência de um direito fundamental à identidade pessoal. Aliás, o primeiro acórdão do Tribunal Constitucional que averiguou a constitucionalidade de prazos de caducidade nas ações de investigação afirma de forma inequívoca que “não se vê como possa deixar de pensar-se o direito a conhecer e ver reconhecido o pai [...] como uma das dimensões dos direitos à identidade pessoal, ou das faculdades que nela vai implicada<sup>49</sup>”. E o acórdão n.º 23/2006<sup>50</sup> conclui que “deve, pois, dar-se por adquirida a consagração, na Constituição, como dimensão do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º n.º1, de um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e paternidade”.

Resolvida, por um lado, a questão dos pressupostos de admissibilidade que funcionavam como entraves ao conhecimento dos laços de filiação biológica, ainda não está, por outro, resolvida a questão da submissão das ações de investigação a prazos de caducidade, que têm sido considerados atentatórios do direito ao conhecimento das origens biológicas, corolário do direito à identidade pessoal.

### **1.2.2. O direito ao desenvolvimento da personalidade**

O direito ao desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente garantido, surgiu

---

<sup>46</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das Acções de Investigação” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 51.

<sup>47</sup>*Ibidem.*, p. 53.

<sup>48</sup>MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, “Direito e Inovações Tecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)” in *O Direito*, Ano 126.º, III-IV, Coimbra, Almedina, 1994, p. 435.

<sup>49</sup>Acórdão do TC n.º 99/88, de 28.04.1988, processo n.º 101/85, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>50</sup>Acórdão do TC n.º 23/2006, de 10.01.2006, processo n.º 885/2005, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



expressamente na Lei Fundamental pela revisão constitucional operada em 1997.

O direito ao desenvolvimento da personalidade implica, pois, a consideração do “indivíduo como conformador de si próprio e da sua vida”, como verdadeiro “centro de decisão autónomo<sup>51</sup>”, de maneira a tutelar a “diferença da individualidade de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia<sup>52</sup>”. Apesar desta dimensão do direito ao desenvolvimento da personalidade, o seu conteúdo não se esgota, defendendo Mota Pinto<sup>53</sup> que abarca duas dimensões, tal como o direito ao livre desenvolvimento da Lei Fundamental alemã: uma cláusula geral da tutela de personalidade e o reconhecimento da liberdade geral de ação, ou, por outras palavras, um direito geral de liberdade ou liberdade geral de ação (aqui nas palavras de Jorge Miranda E Rui Medeiros<sup>54</sup>), não podendo o Estado padronizar o que considera conteúdo do desenvolvimento da personalidade.

A existência deste direito pode ser, neste campo do direito da filiação, invocável, tanto pelo pretenso filho como pelo suposto pai, no entanto assume mais relevância o direito do filho em investigar a sua filiação, enquanto direito indispensável, que o direito do pai em tentar obstruí-la<sup>55</sup>.

Guilherme de Oliveira<sup>56</sup> entende que “ a satisfação plena do direito à identidade e à integridade pessoais e do direito ao desenvolvimento da personalidade, implica a atribuição dos meios técnico-jurídicos adequados à descoberta da ascendência, isto é, a atribuição de um direito a constituir o estado de filho”.

### **1.2.3. O direito a constituir família – artigo 36.º, n.º 1, 1ª parte CRP**

As ações de filiação encontram um (outro) dos seus fundamentos no direito constitucional a constituir família.

O artigo 36.º, n.º1, 1.ª parte CRP reconhece a todos o direito a constituir família. Se é certo que a CRP reconhece o valor da família constituída pelo vínculo matrimonial, ela

---

<sup>51</sup>PAULO MOTA PINTO “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade” in *Studia Iuridica*, 40, Portugal – Brasil, Ano 2000, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 150.

<sup>52</sup>*Ibidem*, p. 158.

<sup>53</sup>*Ibidem*, p. 164.

<sup>54</sup>JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 612.

<sup>55</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA “A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 12, Julho/Dezembro, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 11 e acórdão do TC nº 23/2006, de 10.01.2006, processo n.º 885/2005, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>56</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perflhar, a pretexto do acórdão nº 401/2011 do tribunal Constitucional” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 112 e 113.

admite também a sua existência ainda que sem vínculo de casamento<sup>57</sup>, surgindo família e casamento como duas instituições jurídicas autónomas. Assim, além de consagrar a família proveniente do casamento, releva também aquela que derivada dos laços de filiação, ou seja, família de pais e filhos. Este direito a constituir família compreende duas dimensões: o direito de procriar e o direito de estabelecer vínculos de filiação, retirando-se daqui um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e paternidade<sup>58</sup> com relevância jurídica. Constituído o vínculo de filiação entre o filho e o(s) progenitor(es), desencadeiam-se outros vínculos com terceiros, como avós, tios, primos, etc., “surgindo uma nova constituição de parentela<sup>59</sup>”. Posto isto, numa situação de conflito entre o interesse dos pais em não ver estabelecida a maternidade ou paternidade e o interesse dos filhos, no estabelecimento desses laços, não podem os pais, após a procriação, vir invocar um direito a não constituir família<sup>60</sup>, escusando-se a assumir os laços de filiação inerentes<sup>61</sup>. Os seus direitos fundamentais tendem a ceder face ao direito do filho. “Uma alegada 'liberdade-de-não-ser-considerado-pai', apenas por terem passado muitos anos sobre a conceção, ou um interesse em eximir-se à responsabilidade jurídica correspondente, determinada fundamentalmente pelo 'princípio da verdade biológica' que inspira o nosso direito da filiação, não podem considerar-se dignos de tutela, pelo menos ao ponto de sacrificar o direito do filho a apurar e ver judicialmente declarado que é o seu pai<sup>62</sup>”.

Este direito tem o sentido mínimo de impor ao legislador a previsão de meios para o estabelecimento dos vínculos de filiação<sup>63</sup>: os modos de perfilhar e a ação de investigação.<sup>64</sup>

Explicam-se, assim, os impedimentos do Ministério Público na averiguação oficiosa da maternidade e paternidade nos casos de incesto (artigos 1809.º alínea a) e 1866.º alínea a), ambos do CC) e de decurso do prazo de dois anos, após o nascimento (artigos 1809.º, alínea b) e 1866.º, alínea b) ambos do CC), atentando à existência de valores e interesses superiores

---

<sup>57</sup> A consagração da igualdade de tratamento dos filhos nascidos dentro e fora do casamento é um dos aspetos que demonstra a abertura do direito à existência de família sem vínculo matrimonial.

<sup>58</sup> Entre outros, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 813.

<sup>59</sup> MARIA JOSÉ CAPELO, “*Interesse...*”, cit., p. 74.

<sup>60</sup> Referimo-nos aqui ao conceito jurídico de família que é muito menos versátil que a sua definição por critérios afetivos. Alias, em todo o nosso estudo a referência a família e filiação é jurídica. Tanto que se pode estabelecer ou reconhecer juridicamente os vínculos de filiação de uma pessoa e não haver qualquer contacto ou tentativa de a inserir numa família, afetivamente falando. Quanto à possibilidade pouco exequível e justificável, na nossa opinião, de o progenitor recusar o estabelecimento dos laços de filiação e portanto da constituição de família (jurídica) cfr. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

<sup>61</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 814.

<sup>62</sup> Acórdão do TC n.º 23/2006, de 10.01.2006, processo n.º 885/2005, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>63</sup> Acórdão do TC n.º 23/2006, de 10.01.2006, processo n.º 885/2005, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>64</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade das Acções de Investigação*” in *Comemorações...*, cit., p. 51.

que impedem o interesse público do legislador de, nestes casos, proceder à investigação oficiosa. No entanto, à iniciativa privada nada é vedado, podendo, mesmo nos casos de incesto, ser-se alvo de perfilhação ou recorrer a ação de investigação. Quanto a esta, também está sujeita a limitações de prazo.

#### **1.2.4. A proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento - artigo 36.º, n.º 4 CRP**

A consagração da proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento surgiu com a Lei Fundamental de 1976 no artigo 36.º n.º4 que preceitua que *os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação*.

A distinção entre filhos legítimos (frutos de um vínculo de matrimónio) e ilegítimos subsistiu, porém, até à Reforma do CC em 1977.

Em 1959, Gomes Da Silva<sup>65</sup> apresentava, assim, os fundamentos que considerava válidos para a manutenção da distinção entre os filhos provenientes de um casamento dos filhos nascidos fora da constância do matrimónio, tendo consciência, no entanto, que a querela já tinha algum peso na doutrina: “O filho legítimo é contemplado pelos pais como fruto da doacção integral que fizeram um ao outro das suas vidas (...) o que constitui um dos títulos de mais elevada grandeza da filiação legítima: o filho não é um produto ocasional do corpo, mas sim uma obra integral do homem, inspirada pelo que ele tem de mais intenso e vivo da sua personalidade. Além disso, pelo casamento, ambos se tornam uma só carne, ambos passam em certa medida a constituir uma só vida e uma só personalidade. Esta realidade, que o homem espontaneamente sente, ainda que muitas vezes sem clara consciência, e que o Direito consagra através da identidade de nomes, de nacionalidade e de honras, é o fundamento psicológico e ético do valor humano da filiação”.

Esta conceção da filiação baseia-se num critério nupcialista, como fator que legitima (e daí a denominação “filhos legítimos”) a procriação, e na ideia bíblica de que homem e mulher são apenas um só. Este autor questiona, até, se “a natureza não estará a revelar e a acentuar que ela só é verdadeiramente humana quando, por esta forma (o casamento), provém da fusão total e permanente de duas vidas<sup>66</sup>”. Continua afirmando que “nesta maravilhosa permuta de personalidades e de vidas, na qual cada um, entregando-se, se enriquece, e, unindo-se a

---

<sup>65</sup>GOMES DA SILVA, “O Direito da Família no Futuro Código Civil segunda parte” in *BMJ*, n.º 88, Lisboa 1959, p. 75-76.

<sup>66</sup>*Ibidem*, p. 76.

outrem, se desdobra e multiplica, está a sublime beleza humana da geração – mas tudo é, afinal, não consequência física de uma obra do corpo, mas sim, a actuação e a realização de matrimónio. Por parte dos filhos (...) sabendo-se assim gerados, sentem que não são mero fruto da matéria, que não são oriundos apenas do corpo dos pais, nem nasceram por simples obra do acaso, mas que provêm da doação integral de duas almas – de um acto de amor, de uma vida de amor - e esse, é decerto um dos mais elevados títulos de nobreza do ser humano<sup>67</sup>”.

Relativamente aos filhos nascidos fora do casamento, considera que o ato de procriação não é na verdade um ato de vida, mas sim de morte, devido ao pecado e estigma que estão a trazer para a sua vida e para a vida dos seus futuros filhos. “ Quando a filiação não provém do casamento, cada um dos progenitores sente que interveio nela só materialmente, que não deu a sua vida, a sua alma, ao outro progenitor. Há na filiação ilegítima qualquer coisa de fruste, como se o filho viesse mutilado ou como se quisesse impor a um homem, como verdadeiramente seu, um membro alheio que enxertassem no seu corpo<sup>68</sup>”. Percebe-se, pelas palavras deste autor, a conotação indecente que atribuía aos relacionamentos sem bênção –que não se alicerçassem no casamento – e a imoralidade de tudo o que daí proviesse, não tendo os filhos, na sua consideração, base sólida para adquirir uma boa educação. “Para o filho essa procriação, por assim dizer restrita, é uma das maiores injúrias que se podem infligir a um homem, pois se lhe rouba a grande honra e a grande felicidade de poder sentir-se plenamente filho de seus pais e de poder orgulhar-se da própria origem. Nas relações entre pais e filhos há-de projectar-se sempre, o espectro daquilo que poderia ter sido e que, por culpa dos primeiros, jamais poderá ter lugar. Os pais hão-de detestar sempre nos filhos a lembrança da sua abdicação moral e a prova viva de terem falhado no completamento pela união dos sexos e pela perpetuação através da geração plena da prole. (...) A recordação dos actos ilícitos e imorais (...) é fermento de discórdia e de retraimento e deseducação, e actua, portanto, em sentido exactamente oposto àquele para que naturalmente a geração legítima e os vínculos por ela cimentados encaminham os membros da verdadeira família<sup>69</sup>”.

Esta ideia manteve-se na versão originária do CC de 1966, só sendo extraída em 1976 quando se aprovou a primeira constituição democrática onde se plasmou, no artigo 36.º n.º 4, a proibição de discriminação, o que determinou a alteração do CC, através da Reforma operada em 1977 e que terminou com as distinções entre filhos legítimos e ilegítimos e

---

<sup>67</sup>*Ibidem*, p.77.

<sup>68</sup>*Ibidem*, p. 78

<sup>69</sup>*Ibidem*, p. 78-80.

permitiu ao filho nascido fora de uma relação de matrimónio investigar sem ter que estar sujeito a pressupostos de admissibilidade rigorosos.

Com esta proibição de discriminação, não significa que a forma de estabelecer a paternidade e a maternidade seja igual dentro e fora do casamento. O estabelecimento é diferente porque é distinta a forma como as pessoas se relacionam entre si<sup>70</sup>; no casamento, há um contrato celebrado entre duas pessoas e comunhão de vida<sup>71</sup>; não havendo casamento, não há razão para que os filhos sejam discriminados, pois apesar de não poder funcionar a presunção de paternidade (artigo 1826.º n.º 19 CC), existem outras formas de se poder aferir a filiação<sup>72</sup> e, portanto, as “repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias<sup>73</sup>”.

Apesar do carácter fundamental do direito a constituir família, com a conotação de estabelecer ou ver reconhecidos os laços de filiação, não estamos perante um direito absoluto, já que pode ser condicionado, atentos outros direitos e interesses legalmente admissíveis. É isso mesmo que acontece com a previsão de prazos de caducidade para propor ações de investigação da maternidade e paternidade. Questiona-se até que ponto são admissíveis esses prazos, vistos os direitos fundamentais que rodeiam o interesse do filho. No entanto, este tema será desenvolvido e analisado com mais afinco no último capítulo deste estudo. Assim, ainda que presente a questão dos prazos de caducidade, o nosso sistema jurídico passou a admitir os dados da Biologia como objetivos e portanto não é possível discriminar ninguém relativamente à filiação se os dados biológicos dão como certa uma relação de sangue entre sujeitos, ou seja, todos os filhos são iguais; o que os legitima é o seu ADN e não o facto de provirem de uma relação de matrimónio.

### **1.3. Modos de estabelecimento da filiação**

O artigo 1796.º CC sob a epígrafe “Estabelecimento da filiação”, determina os modos como a filiação é estabelecida quer quanto à mãe, quer quanto ao pai. Assim, de acordo com o seu n.º1, relativamente à mãe, a filiação resulta do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º, ambos do CC, sendo que, quanto ao pai, a paternidade estabelece-se quer através de presunção, se a mãe é casada, quer, fora do casamento, pelo reconhecimento

---

<sup>70</sup>A diferença decorre da “própria natureza das coisas”, cfr. Acórdão do TC n.º 99/88, de 24.08.1988, processo n.º 101/85.

<sup>71</sup>Artigo 1577.º CC: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

<sup>72</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade das Acções de Investigação*”, in *Comemorações..., cit.*, p. 52 e PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de..., cit.*, p. 50.

<sup>73</sup>Artigo 36.º, n.º 4 CRP.

através de perfilhação ou pelo reconhecimento judicial em ação de investigação.

O CC de 1966, na sua versão originária<sup>74</sup>, distinguia o estabelecimento da maternidade por mulheres casadas e não casadas e, assim, fazia também distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Sendo a mulher casada, a filiação resultava do facto do nascimento (artigo 1801.º n.º1 CC), enquanto para as não casadas era necessária uma declaração de vontade, através da perfilhação, para se estabelecer o vínculo de maternidade (artigos 1827.º e 1828.º, ambos do CC).

Esta distinção terminou com a Reforma do CC de 1977, momento a partir do qual o estabelecimento da maternidade começou a decorrer do facto do nascimento (artigo 1796.º CC). “A maternidade impõe-se à mãe, que não pode deixar de assumir o estatuto jurídico inerente”, deixando de se traduzir numa declaração de vontade para ser uma declaração da ciência em ambos os casos, passando a existir um regime unitário. A partir de 77, a filiação jurídica harmoniza-se com a biológica, seguindo, assim, o modelo germânico de responsabilização absoluta da mãe pelo facto do parto<sup>75</sup> – que traduz o ideal biologista.

De acordo com o regime vigente desde aquela altura, o estabelecimento da maternidade é feito através de indicação ou menção, no registo civil da criança que acaba de nascer, do nome da mãe<sup>76</sup> (artigo 1803.º CC); se a maternidade não for declarada por esta forma, é logo desencadeada a averiguação oficiosa<sup>77</sup> (artigo 1808.º CC) que tem por objetivo descobrir quem é a mãe biológica (artigo 1808.º n.º1 CC). Esta ação não necessita da intervenção de particulares para ser desenvolvida, pois o Estado (através das delegações do Ministério Público que funcionam junto dos tribunais de família, se os houver, ou de comarca), logo que tenha conhecimento que a maternidade não foi declarada no registo, inicia as diligências

---

<sup>74</sup>Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro.

<sup>75</sup>PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de...*, cit., p. 57 e 59.

<sup>76</sup>É possível impugnar a maternidade estabelecida a todo o tempo, não estando sujeita a prazos de caducidade, se essa não for a verdadeira. Têm legitimidade para intentar a ação de impugnação da maternidade a pessoa declarada como mãe, o registado, quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da ação (eventualmente um filho da pessoa declarada como mãe por exemplo,) ou o Ministério Público. A impugnação é vista assim, como um controlo posterior do estabelecimento da maternidade. O interesse público da coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica tem mais peso que as exigências de segurança jurídica e de estabilidade das situações familiares adquiridas. Por existir este interesse público é estranho que não figure no elenco de quem tem legitimidade para intentar a ação, a verdadeira mãe do registado, pois o seu interesse pode ser graduado da mesma forma que o interesse do registado ou daquela declarada falsamente como mãe. Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de...*, cit., p. 67-70, que consideram pouco provável algum tribunal improceder a ação intentada pela verdadeira mãe por não considerar que esta tenha interesse suficientemente relevante na procedência da impugnação.

<sup>77</sup>O funcionário do registo civil remete certidão integral do registo e cópia do auto de declarações, se as houver, para o tribunal.

necessárias para chegar até ela<sup>78</sup>. Esta ação termina com dois desfechos: ou se consegue identificar a mãe e esta confirma a maternidade (e é lavrado termo da sua declaração e remetida certidão para averbar ao registo de nascimento) ou, se esta não confirmar, mas o tribunal considerar que existem provas seguras para levar adiante uma ação de investigação, remete o processo ao Ministério Público do tribunal competente para ser instaurada ação de investigação da maternidade, com vista ao seu reconhecimento judicial<sup>79</sup>.

Também pode acontecer a averiguação oficiosa não lograr efeitos, situação que leva a que o registo fique omissivo quanto à maternidade, mas tal não obsta a que seja intentada nova ação de investigação, ainda que fundada nos mesmos factos<sup>80</sup> (artigo 1813.º CC).

Relativamente aos modos de estabelecimento da paternidade, se a mulher é casada, presume-se a paternidade do seu marido, operando a presunção de paternidade<sup>81</sup> presente na norma do artigo 1826.º n.º1<sup>82</sup> CC. Esta presunção funciona devido à forte probabilidade de ser

---

<sup>78</sup> Apesar do interesse público do Estado em ver estabelecidos os laços de filiação, existem casos em que não se vêem vantagens na admissibilidade de uma ação de averiguação oficiosa, como é o caso de suspeitas de incesto, se tiver havido perfilhação da criança ou se tiverem decorrido dois anos sobre a data de nascimento (artigo 1809.º). Nestas situações, a certidão de registo de nascimento não é enviada ao tribunal. A suspeita de incesto faz cessar a averiguação, por se considerar que a revelação dos laços será mais gravosa do que manter os laços omitidos. O decurso do prazo de dois anos - cuja constitucionalidade foi objeto de fiscalização concreta pelo acórdão do TC n.º 604/2015 e julgada constitucional, após o nascimento impede o Ministério Público de averiguar de forma oficiosa os laços de filiação, pois estes devem ser estabelecidos logo a seguir ao nascimento, quando as provas ainda são facilmente obtidas. Decorridos dois anos, as medidas levadas a cabo para descobrir os progenitores dificilmente terão sucesso.

<sup>79</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o estabelecimento da maternidade cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de...*, cit., p. 57-84; e JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação...*, cit., p. 50-79.

<sup>80</sup> Nesta norma o legislador afasta a regra geral do caso julgado, permitindo uma nova ação baseada nos mesmos factos.

<sup>81</sup> A presunção de paternidade apesar de operar de forma automática (exceto quando haja declaração da mãe a indicar que o filho não é do marido- artigo 1832.º CC - situação em que ocorrerá perfilhação por terceira pessoa ou investigação da paternidade por parte do MP) pode ser ilidida através de impugnação (artigo 1838.º e ss). Quanto à legitimidade para impugnar a paternidade, pertence ao marido da mãe, à própria mãe, ao filho ou ao Ministério Público (artigo 1839.º n.º1 CC), sendo necessário provar que tendo em conta as circunstâncias, é manifestamente improvável que o marido da mãe seja o pai. (n.º2), não sendo no entanto permitido a impugnação com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. (n.º3). Relativamente à legitimidade do Ministério Público é preciso explicar que este atua em nome dos interesses do pai biológico da criança. Este, para obstar à presunção de paternidade que tem lugar quando a mãe é casada tem de propor uma ação de impugnação da paternidade por intermédio do Ministério Público, não podendo só por si impedir o estabelecimento da paternidade presumida nem impugna-la diretamente. (artigo 1841.º n.º1 CC). Assim, deve requerer no prazo de sessenta dias a contar da data em que a paternidade do marido da mãe se encontre no registo e se o tribunal considerar o pedido viável.

<sup>82</sup> *Pater is este quem nuptias demonstrant* (Digesto, 2,4,5) o que significa em tradução livre, “o pai é aquele que as núpcias indicam”. Esta presunção abrange os filhos nascidos e concebidos durante o casamento, os filhos concebidos durante o casamento mas nascidos já após a sua dissolução e ainda os filhos concebidos antes do casamento mas nascidos durante a sua vigência. Nas palavras de JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação...*, cit., p. 84, trata-se de estender a presunção aos “filhos do namoro” de forma a evitar entre filhos dos mesmos pais e com a mesma posse de estado, situações de discriminação baseadas na data da concepção, que é fixada, para efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precedem o nascimento da criança (artigo 1798.º do CC). Aplicando a presunção de paternidade a esta situação, os critérios de fidelidade e

o marido o autor da fecundação causal, na maioria dos casos, segundo juízos de experiência<sup>83</sup>. Além disso, seria incomportável fazer exames biológicos para determinar a paternidade de todas as crianças que nascessem assim como fazer depender de um ato de vontade do marido o estabelecimento da paternidade, além do escrutínio a que as mulheres estariam sujeitas. Assim, a presunção de paternidade foi a forma encontrada para obviar a estas situações, partindo-se de um facto conhecido para afirmar outro desconhecido<sup>84</sup>. Posto isto, Guilherme de Oliveira<sup>85</sup> afirma que “a lei quer proteger uma relação de confiança entre a mãe e o seu marido que se cria no espírito do filho”<sup>86</sup>.

Não sendo casada, a paternidade estabelece-se através de um ato de vontade pessoal e livre do pai – perfilhação<sup>87 88</sup> (artigo 1849.º CC). Não havendo esse ato de vontade, o registo

---

coabitação, típicos da relação matrimonial e fundamento para aplicar esta regra, são afastados. Sobre a presunção de paternidade, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil...*, cit., p.114 e ss.

<sup>83</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Impugnação da paternidade*, Coimbra, s. n., 1979, p. 14-15.

<sup>84</sup>PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de...*, cit., p. 90 e 93.

<sup>85</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA “*A jurisprudência...*”, cit., p. 113.

<sup>86</sup>Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de...*, cit..

<sup>87</sup>Através da perfilhação, os filhos adquirem todos os direitos inerentes à sua condição, quer direitos pessoais, quer patrimoniais, não sendo admitidas no ato de perfilhação, cláusulas que limitem ou modifiquem os efeitos que lhe são atribuídos pela lei (artigo 1852.º n.º1 CC) no entanto isto só se verifica desde 1966. Até aí, altura em que estava em vigor o Decreto nº2 de 25 de Dezembro de 1910, os direitos adquiridos pelos filhos variavam consoante a condição dos pais no momento da perfilhação: assim, se estes fossem inábeis (devido a casamento não dissolvido) apenas quando morressem ou quando o casamento fosse dissolvido é que o perfilhado podia exercer os direitos de usar o apelido dos pais, exercer o seu direito a alimentos e de poder suceder a eles ou aos avós (artigos 32º e 31º 1º-3º). Se os perfilhantes não fossem inábeis o perfilhado adquiria logo os direitos acima enumerados, o que significa que sendo a base tradicional da família o casamento, apesar de se admitir a perfilhação por pessoas casadas e de a situação dos filhos deixar de ser ilegítima pelo menos formalmente, os seus direitos ficam dependentes de duas condições suspensivas incertas: a morte ou a dissolução do casamento. Os filhos incestuosos, ao contrário do que hoje é admitido, não eram perfilháveis; os seus direitos circunscreviam-se a exigir dos pais os alimentos necessários à sua sobrevivência, não podendo exigir nada mais à família e apenas o podiam exigir na condição de haver algum processo cível ou criminal que opusesse os seus pais devido à gravidez ou se tivesse sido judicialmente provado que houve violação ou sedução com abuso de autoridade ou de confiança ou com promessa de casamento, pressupostos previstos para a ação de investigação da maternidade ou paternidade ilegítimas, que no caso dos filhos incestuosos nada mais dá direito que a alimentos para sobreviver. Devido aos efeitos limitativos da perfilhação, GOMES DA SILVA, afirmava que a perfilhação está “longe de ser uma mera declaração ou confissão de maternidade ou paternidade; é verdadeiro negócio jurídico, deixado ao arbítrio dos próprios pais” – cfr. “*O Direito da...*”, cit., p. 85.

<sup>88</sup>Apesar do ato de perfilhação ser livre não deve ser confundido com um ato facultativo. GUILHERME DE OLIVEIRA defende que o suposto progenitor tem o dever jurídico de perfilhar e o filho o correspondente direito a ser perfilhado. Se o primeiro conhece as circunstâncias que podem estar na base do direito do segundo, tem um dever especial de agir, não se podendo defender que tem “o direito de ocultar a relação biológica e de onerar a comunidade com a averiguação subsequente; e se não estiver seriamente convencido da paternidade, tem o dever de abrir as portas da averiguação, e de colaborar para a descoberta da verdade.” Defende ainda que o caráter facultativo da perfilhação, fazia sentido em épocas marcadas por um carácter voluntarista dos vínculos de filiação, em que era mais importante proteger os interesses do progenitor que o dos filhos gerados, muitas vezes em contexto extramatrimonial, no entanto a ascensão do princípio da verdade biológica e dos direitos dos filhos torna a voluntariedade de perfilhação criticável. Ao defender um dever jurídico de perfilhar, defende de forma correlativa uma obrigação de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade civil, o filho, se a omissão do reconhecimento da filiação for culposa. As dificuldades de prova da omissão culposa são outra questão, que obviamente não afasta o dever de indemnizar – PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*



de nascimento fica omissa quanto à paternidade e, portanto, tal como nos casos de registo de maternidade omissa, o tribunal oficiosamente inicia diligências, através da averiguação oficiosa da paternidade<sup>89</sup> (artigo 1864.º e ss CC), o que pode originar uma perfilhação (artigo 1865.º n.º 3 CC), na remessa do processo para Tribunal para que seja proposta uma ação de investigação (artigo 1865.º, n.º 5 CC) ou na continuação do registo omissa<sup>90</sup>. Neste caso, o filho pode, mais tarde, se assim o entender, desde que observado o prazo legal, intentar uma ação de investigação da paternidade para reconhecimento judicial (artigo 1869.º CC).

Referimos, ainda, que o reconhecimento com base em perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação apenas é admitido nos casos em que a filiação não se encontre estabelecida. Havendo desconformidade entre a verdade jurídica estabelecida e a verdade biológica invocada – mas que não tem ainda relevo para o Direito –, é imprescindível impugnar a primeira com êxito e só depois recorrer a estes modos de estabelecimento da filiação (artigo 1848.º n.º1 CC), porquanto não se admite a eficácia de um duplo laço filial. Vigora, assim, o princípio da prioridade do registo, com a exceção da perfilhação por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo (artigo 1853.º CC) que, apesar de ser válida, não produz efeitos enquanto não for registada (n.º2 do artigo 1848.º CC).

---

*de...*, cit., p. 88; GUILHERME DE OLIVEIRA, “*O Sangue...*, cit., p. 6; e GUILHERME DE OLIVEIRA e *Estabelecimento...*, cit., p. 109-111. Apesar de concordarmos com o entendimento do ilustre professor, não parece que a realidade jurídica siga este entendimento, porque a liberdade atribuída à declaração de perfilhação, implica a ausência de ilicitude pela sua omissão.

<sup>89</sup>Na Averiguação Oficiosa de Paternidade está implícito que a forma como duas pessoas se devem relacionar é através do casamento, funcionando por isso, a presunção de paternidade; no entanto a vida e os valores sociais mudam, existindo filhos de pais divorciados, solteiros, famílias recombinadas, etc. Posto isto, “a investigação judicial da paternidade resulta da combinação complexa entre a preocupação “oficial” em estabelecer a paternidade de determinado menor e certos modelos normativos de relacionamento entre homem e mulher, muito semelhante ao que podemos encontrar no domínio da família e da instituição do casamento” - cfr. HELENA MACHADO, “*Vaca que...*, cit., p. 168.

<sup>90</sup>Apesar de a averiguação oficiosa da paternidade ser obrigatória e assentar no critério biológico, em determinados casos não é permitido continuar as investigações para se preservar a própria instituição da Família. O artigo 1866.º CC, veda a averiguação oficiosa da paternidade nos seguintes casos: alínea a) Se a mãe e o pretense pai forem parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral; ou seja relativamente a filhos incestuosos com o objetivo de salvaguardar o superior interesse da criança. De acordo com SUSANA COSTA, “*(S) em nome...*”, cit., p. 180. Posto isto, a melhor forma de proteger os interesses da criança é esta desconhecer a verdade biológica, o que na opinião de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 148, reduz o risco de “produzir traumatismos que o culto da verdade biológica não compensaria”. HELENA MACHADO, “*Vaca que...*”, cit., p. 178, a propósito desta proibição de investigação distingue duas categorias de laços de sangue: os “reconhecíveis” ou admissíveis e os “outros laços de sangue” que devem ser ocultados. É necessário no entanto salientar que apesar de nesta situação em concreto a iniciativa do MP ser proibida, nada impede que o filho proponha ele próprio, já quem tem legitimidade para isso (artigo 1869.º) ação de investigação da paternidade. A averiguação oficiosa da paternidade também é vedada no caso da alínea b. Se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento: esta limitação constitui ao mesmo tempo uma cautela e um estímulo para que os agentes do Estado não adiem em demasia a investigação pelo verdadeiro progenitor, pois quanto mais tempo decorrer, maior vai ser a dificuldade de o encontrar. Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 148.

As diferentes formas de estabelecer a paternidade, ao contrário da maternidade, devem-se ao “papel obscuro do homem na concepção<sup>91</sup>”, isto é, ao contrário da mulher em que é perfeitamente visível o estado de gravidez, podendo apenas questionar-se se o filho nascido é Y ou Z, no homem não há ações que exteriorizem a condição da paternidade, intervindo este, apenas, no momento da concepção, que não é por norma público. Apesar destas diferenças quanto ao *modus* de estabelecimento da paternidade -consoante nos encontremos perante a (in)existência de casamento da mãe -, essa diferenciação não se traduz numa preservação do tratamento discriminatório entre filhos legítimos e ilegítimos<sup>92</sup>(abolida pela Constituição de 1976). A paternidade estabelece-se de formas diferentes devido às especificidades de condições que estiveram na base do seu nascimento<sup>93</sup>. Havendo casamento funciona a presunção, porque na maioria dos casos os filhos nascidos na constância de um matrimónio serão do marido da mãe. Assim esta presunção ganha força pelo vínculo existente entre marido e mulher e a comunhão de vida a dois, que implica, pelo menos formalmente, vivências sexuais a dois sem interferência de terceiros. Não havendo esta comunhão de vida, a paternidade tem de ser estabelecida por outros meios.

Devemos salientar que apenas referimos, sem nos adiantarmos, o reconhecimento judicial através da ação de investigação da maternidade e paternidade de forma intencional, já que este *modus* de estabelecimento da filiação será alvo de um capítulo próprio pois, porque se centra no âmbito do nosso estudo, merece, por isso, mais desenvolvimentos que os anteriores.

---

<sup>91</sup>PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de..., cit.*, p. 88.

<sup>92</sup>Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito..., cit.*, p. 149-150.

<sup>93</sup>PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de..., cit.*, p. 86.

## **Capítulo II**

### **- O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA FILIAÇÃO -**

#### **1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO INSTITUTO**

O Direito da Família é um dos ramos do Direito mais permeável à realidade social e às visões políticas que marcaram cada período. Assim, percebe-se as alterações ocorridas no âmbito do direito da filiação, que traduziram os valores sociais considerados mais relevantes e com mais necessidade de proteção em cada momento histórico. Concordamos com Guilherme de Oliveira<sup>94</sup> quando afirma que “a satisfação plena do direito à identidade e à integridade pessoais que a Constituição consagra (...) implica a atribuição de meios técnico-jurídicos adequados à descoberta da ascendência, isto é, a atribuição de um direito à constituição do estado de filho. É por esta razão que o Estado deve organizar a acção de investigação e permitir o acesso aos tribunais”. Através deste modo de estabelecimento da filiação, os factos que constituem o vínculo de sangue entre o progenitor e o filho, ganham relevância jurídica; essa relevância fica, no entanto, condicionada à averiguação judicial da sua existência.

##### **1.1. O sistema anterior à Reforma de 1977**

No Código de Seabra, a investigação da paternidade ilegítima (artigos 130.º a 133.º) só era admitida havendo escrito do pai a declarar a paternidade, se o filho se achasse em posse de estado, ou na circunstância de ter havido violação, desde que o nascimento coincidisse com a data do crime. Em todas as outras situações, a averiguação não era admitida, o que significa que o seu âmbito de aplicação era muito restrito, para não dizer que a sua aplicação era suprimida e que não tinha eficácia prática. Esta restrição justificava-se porque não havia interesse que os frutos das relações extramatrimoniais – normalmente com mulheres de classes mais baixas – tivessem cobertura legal e, por esta via, pudessem retirar proveitos – principalmente financeiros –, que era o que se queria acautelar. Justificava-se, também, devido à difícil tarefa de provar o vínculo biológico e aos testemunhos falsos. Por estes motivos, o Estado não intervinha neste campo pessoal e íntimo das pessoas, não tendo o vínculo biológico, quando não acompanhado de uma expressão de vontade por parte do progenitor, qualquer peso autónomo.

O regime do Código de Seabra manteve-se até à entrada em vigor do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, que estendeu o prazo de investigação da paternidade e alargou os

---

<sup>94</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 109.

requisitos da sua admissibilidade, tornando, assim, mais viável a utilização deste recurso jurídico<sup>95</sup>. A investigação de paternidade ficava dependente de se verificarem os pressupostos de admissibilidade constantes do artigo 34.º, que manteve os tipificados no artigo 130.º do Código de Seabra e acrescentou pressupostos novos: sedução com promessa de casamento ou praticada com abuso de autoridade ou de confiança (4.º) e concubinato durante o período legal de concepção (5.º). As críticas constantes de que foi alvo o CC de 1867 levaram à sua revisão em 1966.

Com o novo código, a paternidade dos filhos nascidos fora do casamento só podia ser estabelecida verificando-se um dos pressupostos de admissibilidade constantes no artigo 1860.º da versão originária do CC. Era necessário provar uma ou mais condições para que o tribunal comesse a averiguar a paternidade. Era, pois, um sistema de porta fechada<sup>96</sup>, cuja chave se encontrava num dos pressupostos daquele artigo.

Assim, a investigação só era permitida nos casos taxativamente tipificados na lei, que eram a existência de posse de estado (alínea a), de escrito a declarar inequivocamente a paternidade (alínea b), a convivência notória entre a mãe e o pretenso pai durante o período legal de concepção (alínea c), violência (alínea d) e sedução (alínea e).

Estes pressupostos tornavam a investigação da paternidade muito difícil. Senão veja-se, por exemplo: a exigência de convivência notória entre a mãe e o suposto pai durante o período legal de concepção era extremamente difícil de provar, porque sendo este um requisito para aferir o estabelecimento da paternidade fora do casamento, significava que a maior parte das investigações, naquele tempo, prendiam-se com filhos de relações extramatrimoniais, que são por sua natureza secretas. Assim, este era um modo de impedir a investigação de uma paternidade que se tornaria incómoda. Os fundamentos para o sistema de investigação condicionada prendiam-se com a preservação da família legítima e a dificuldade de prova do vínculo biológico, mas também com a inexistência de interesse social em fazer pertencer uma criança a uma família que não a queria (o que se verifica no caso de relações sexuais ocasionais) e a proteção dos herdeiros. É que, como a ação podia ser proposta após a morte do

---

<sup>95</sup>O CC de 1867 começou a ser alvo de críticas e os diplomas avulsos avolumaram-se, ora para regular institutos jurídicos esquecidos pelo Código ou que não tinham concretização suficiente como o direito ao nome, à imagem, o abuso de direito, etc. Existiram situações inclusive de legislação avulsa a direcionar em sentido contrário ao que ele defendia, “verificando-se uma manifesta quebra de unidade entre a regulamentação do Código e as leis posteriores que os fizeram evoluir em direcções opostas”, como se verificou no direito da família, com o Decretos nº1 (que se ocupa do casamento civil) e nº2 de 25 de Dezembro de 1910 inspirados pelos novos ideais republicanos. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008 p. 436-440.

<sup>96</sup>Expressão de JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação...*, cit., p. 146.

suposto pai, se não existissem estes pressupostos de admissibilidade, poderia facilmente ser montada uma farsa para aceder a uma herança a que poderiam não ter direito<sup>97</sup>. Posto isto, o objetivo destas condições de admissibilidade era reduzir as possibilidades de investigação às situações em que o pretense pai aceitava de modo informal o filho como seu (posse de estado, escrito do pai ou convivência notória com a mãe) ou para aquelas circunstâncias em que ele tinha adquirido uma postura que merecia ser sancionada (violência e sedução). O investigador não tinha o direito de estabelecer a filiação biológica com o pai mesmo que tivesse provas irrefutáveis, só o poderia fazer se o progenitor subentendesse essa relação ou não se pudesse valer da posição de impunidade que a lei lhe atribuía<sup>98</sup>.

Quanto à investigação da maternidade, era sempre admitida (artigo 1857.º da versão originária do CC de 1966).

### **1.2. Da reforma de 1977 ao direito atual**

Os novos princípios e valores constitucionais implicaram uma reforma do CC vigente, que ainda era o de 1966. Pois se a lei civil continuava a conter soluções desiguais e discriminatórias (como a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos), a Constituição aprovada traduzia uma nova era baseada nos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Era, pois, urgente uma adequação da lei civil à Lei fundamental, o que se veio a verificar em 1977, com o Decreto-Lei nº 496/77 de 25 de Novembro.

Com a Reforma do Código em 1977<sup>99</sup>, as ações de investigação da maternidade e paternidade sofreram modificações, passando a ser sempre admitidas, estabelecendo-se o princípio de livre investigação de maternidade e paternidade.

Para o reconhecimento judicial da maternidade através de ação de investigação, o filho tem de intentar uma ação especialmente para esse efeito (artigo 1814.º CC), sendo permitida a coligação de investigadores (artigo 1820.º CC).

Quanto à prova da maternidade (artigo 1816.º CC), preceito novo, o autor da investigação deve provar que a mulher esteve grávida, que houve um parto – situando-o no tempo e no espaço – e que a criança nascida desse parto é ele. A prova pode ser feita por qualquer meio. No entanto, o legislador estabeleceu presunções de maternidade, as quais

---

<sup>97</sup>JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação, cit.*, e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Crítério Jurídico..., cit.*, p.100-109.

<sup>98</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *O direito da filiação na jurisprudência recente*, Coimbra, s.n., 1980, p. 4.

<sup>99</sup>Para uma análise mais profunda das modificações verificadas com a Reforma de 1977 Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “*O estabelecimento da filiação- mudanças recentes e perspectivas*” in *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 57 e ss.

valem se forem provados factos que as sustentem. A maternidade presume-se, pois, se o filho for alvo de posse de estado (alínea a) do n.º2) ou se houver escrito a declarar de forma inequívoca a maternidade (alínea b) do n.º2<sup>100</sup>). O artigo 1822.º CC foi introduzido com a Reforma. Assim, de acordo com o n.º1 desse preceito, se o filho tiver nascido ou tiver sido concebido durante o matrimónio da pretensa mãe, também o seu marido deve ser demandado; e, se a ação proceder, é declarada a maternidade e operará a presunção de paternidade do seu marido (artigo 1826.º CC). Pode dar-se o caso de o filho ter sido perfilhado, por o registo de maternidade estar omissa (artigo 1851.º CC) e, sendo a suposta mãe casada ao tempo da concepção ou do nascimento, irá existir um conflito de paternidades, porquanto a regra é o funcionamento da presunção de paternidade do marido. Por esse motivo, a ação tem de ser intentada contra a pretensa mãe e o seu marido, mas também contra o perfilhante. O artigo 1823.º CC também traduziu outra das inovações operada com a Reforma do CC, pois admite a possibilidade de se impugnar a paternidade presumida do marido da mãe, no caso de a pretensa mãe, contra quem a ação é proposta, ser casada ao tempo da concepção ou do nascimento (n.º1). Esta possibilidade evita a proposição de uma ação autónoma de impugnação da paternidade, se o marido não é o pai. Tendo havido perfilhação por pessoa diferente do marido da mãe, ela apenas prevalece se for impugnada com êxito a presunção de paternidade (n.º2).

O regime jurídico de investigação da paternidade viu-se solto de amarras com a eliminação dos pressupostos de admissibilidade, que tornavam a investigação muito restrita<sup>101</sup>. A partir de 1977, a pretensão procede se forem comprovados os factos constitutivos da relação de filiação invocados entre o pretenso progenitor e o filho<sup>102</sup>. A ação pode ser intentada contra quem o investigador suponha que é o seu pai, desde que o alegue e prove, quer através da prova direta da procriação (através de exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados - artigo 1801.º CC), quer por meio das presunções legais<sup>103</sup> não ilididas pelo investigado, previstas no artigo 1871.º CC, que admite a

---

<sup>100</sup>Para mais desenvolvimentos sobre a posse de estado e o escrito remetemos para o que se diz relativamente às presunções de paternidade do artigo 1871.º CC.

<sup>101</sup>Antes da Reforma, os pressupostos de investigação tinham como objetivo dificultar a prova da paternidade num sistema em que a investigação era praticamente proibida, enquanto as presunções do artigo 1871.º visam, pelo contrário, valorizar a liberdade de investigação, auxiliando o investigador na prova da progenitura, corolário da alteração feita em 1977 nesta matéria.

<sup>102</sup>MARIA JOSÉ CAPELO, “*Interesse...*”, *cit.*, p. 59.

<sup>103</sup>Verdadeiros índices da verdade biológica nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA. A carência inicial de métodos de investigação científica da paternidade foram supridos através destas presunções, que traduzem as hipóteses mais típicas e tradicionais levadas ao conhecimento da jurisprudência. Assim, a consideração de um

procedência da ação mesmo sem a prova direta da procriação, ou por qualquer outro meio alegado e provado. A prova direta da procriação é muito difícil de obter se o investigado se recusar a fazer os exames, pelo que as presunções legais de paternidade têm uma importância vital para o reconhecimento judicial da paternidade.

Relativamente às presunções do artigo 1871.º CC, sendo invocadas pelo investigador e provadas, o tribunal considerará procedente a ação de investigação, não tendo este de provar o vínculo biológico, mas os factos<sup>104</sup> que estão na base das presunções. Nesse caso, a lei dá como provada a filiação biológica devido à forte probabilidade<sup>105</sup> de assim ser, invertendo o ónus da prova; é ao investigado que compete ilidir a presunção que beneficia o investigador<sup>106</sup>, não no sentido de apresentar provas em contrário, bastando, somente, criar sérias dúvidas.

Quanto às presunções<sup>107</sup>:

Alínea a) *quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público*: esta alínea refere-se à comumente designada posse de estado, que é a relação de facto existente entre duas pessoas, sendo o elemento sociológico da filiação<sup>108</sup> e que torna altamente verosímil a existência do vínculo biológico. Para estabelecer a existência de posse de estado, são necessários normalmente três requisitos:

---

indivíduo como pai não será feita de ânimo leve, mas corroborada por factos que o provem – cfr. *Critério Jurídico...*, cit., p. 296, 313-314.

<sup>104</sup>Esses factos/circunstâncias têm valor de factos-operativos de presunções legais de paternidade – cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 155.

<sup>105</sup>Esta forte probabilidade da presunção exige que o julgador seja rigoroso e exigente nas provas admitidas, pois a paternidade é logo presumida, ultrapassando-se a fase sobre a discussão do vínculo. Assim, “é justo que o tribunal seja rigoroso e exigente na interpretação da matéria de facto, sob pena de entregar ao autor o benefício fácil de uma presunção legal que o réu pode não conseguir, injustamente desvanecer” – cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério Jurídico...*, cit., p. 304-305.

<sup>106</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., 153. Basta-lhe alegar e provar que apesar da verificação dos factos que consubstanciam a presunção legal, não teve relações sexuais com a mãe do investigador ou se as teve não foram a origem da procriação, por não serem exclusivas. No entanto mesmo a exceptio plurium não é um facto que impeça ou que ponha em causa o direito de investigar do filho: “o problema não está na infidelidade mas sim em averiguar se a coabitação entre o reu e a mãe do autor foi a causa do nascimento do filho, com ou sem fidelidade. O que importa é a averiguação deste nexo de causalidade, quer ele resulte da exclusividade das relações, quer ele resulte de outra prova” – cfr. *O Direito da...*, cit., p. 26. Salienta-se ainda o contributo dos exames de ADN que poderão sem margem para dúvidas excluir/confirmar a paternidade dos indivíduos.

<sup>107</sup>Se o autor investigador fundamenta o seu pedido numa das presunções e apresenta factos que a corroboram mas no decurso da fase de instrução, chegar ao conhecimento do juiz factos que assentem noutra presunção que o autor não escolheu, este pode toma-los em conta, e investiga-los de forma oficiosa, por serem um método de prova indireta do laço de filiação. MARIA JOSÉ CAPELO, tende a considerar esses factos como instrumentais e indiciários, já que não foram utilizados pelo autor na causa de pedir da ação de filiação, no entanto admite que não é possível estabelecer um critério em abstrato para determinar quais os factos principais e instrumentais. Depende da circunstância do caso concreto – cfr. *“A reforma processual e as acções de filiação” in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 749-750.

<sup>108</sup>Expressão de JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação...*, cit., p. 152.

o nome (o filho tratar o pai como tal e este como filho), o tratamento (significa que o comportamento do pai face ao filho – através de afeto, vigilância, etc. – cria a convicção de que eles são efetivamente pai e filho) e a fama ou reputação (implica que para a generalidade das pessoas que os conhecem, o filho seja publicamente conhecido como *filho de*). Constituindo a posse de estado uma presunção de filiação é, no entanto, necessário provar os factos que a supõem, prova essa que pode ser feita por qualquer meio.

Alínea b) *Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretense pai declare inequivocamente a sua paternidade*: não é necessário que a pessoa que declara saiba escrever, já que a lei distingue entre carta e outro escrito, sendo que, na carta, o suposto pai é quem escreve o que quer dizer e no outro escrito apenas dita. Não se considera relevante a vontade do pai declarante que o filho venha a conhecer essa declaração, mas apenas que, na declaração, inequivocamente reconheça o filho, mesmo que não haja intenções de o filho saber.

O reconhecimento inequívoco da paternidade não significa necessariamente uma declaração expressa (tal como previam ao artigos 130.º n.º1 do CC de 1867 e o 34.º n.º1 do Decreto n.º2) como “declaro que esta pessoa é meu filho”; basta que se demonstre a convicção do pai acerca da paternidade do filho, através de, por exemplo, termos afetuosos, da alegria pela gravidez da mãe do investigante ou pelas indicações para que esta abortasse.

Alínea c) *Quando, durante o período legal de concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai*: o investigante tem de alegar e provar, por qualquer meio, a existência de união de facto<sup>109</sup> (que implica comunhão de leito, mesa e habitação em condições análogas às dos cônjuges) durante a totalidade ou parte<sup>110</sup> do período legal de concepção ou de concubinato duradouro – que se distingue da união de facto por não haver comunhão de habitação (a existência de relações sexuais durante o namoro é expressão da última parte da norma). A Reforma de 1977 deixou de exigir a convivência notória, requisito da alínea c) do artigo 1860.º CC, já que a “notoriedade” da convivência era um requisito que impedia a investigação. Enquanto a comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges é, em princípio, pública e notória, o mesmo já não se poderá dizer face ao concubinato, que pode ser provado por escritos se for secreto<sup>111</sup>.

Alínea d) *Quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal de concepção, se*

---

<sup>109</sup> Ainda que não tenha efeitos jurídicos nos termos da lei da união de facto, por se verificarem os impedimentos do artigo 2.º da Lei 7/2001, de 11 de Maio.

<sup>110</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Crítério Jurídico...*, cit., p. 300-301.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 299-300.



*esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade*: esta presunção implica o consentimento da mãe para as relações sexuais. Se não o houver, o facto constitui crime. A sedução (vulgo relações sexuais) não implica o seu prolongamento no tempo, bastando um ato, ou seja, uma vez. Se as relações se prolongarem no tempo, estaremos perante concubinato duradouro e não sedução. Salienta-se, ainda, que não é requisito essencial que a sedução seja notória “a maior ou menor publicidade que rodeie as circunstâncias qualificativas não tem influência senão no que toca às dificuldades da sua prova”<sup>112</sup>.

Se a mulher for virgem e menor no momento da sedução, a paternidade presume-se com base nesta alínea; mas o mesmo já não acontece se, apesar de virgem, já é maior de idade<sup>113</sup>.

Quanto à sedução de mulher maior de idade, obtida com promessa de casamento, é preciso clarificar os seguintes pontos: para o efeito da aplicação da presunção de paternidade é indiferente a capacidade do homem que seduz, podendo ser solteiro ou casado; o que interessa é que tenha criado na mulher uma expectativa credível de consumação do casamento (se for casado basta que prometa divorciar-se para se casar novamente, não sendo importante a sua real vontade de contrair casamento). A promessa de casamento pode ser oral ou escrita, explícita ou implícita através de atos que seriamente criem na mulher a vontade deste em casar. Quanto ao momento da declaração, esta tem de ser anterior à efetivação das relações sexuais e tem de ter sido determinante para que elas ocorressem, ou seja, se não houvesse promessa de casamento, provavelmente não teriam havido relações sexuais.

Relativamente à sedução com abuso de confiança, é fundamental provar que as relações sexuais se deveram à especial relação de confiança entre o suposto pai e a mulher seduzida, não se valorizando, para este aspeto, a relação de confiança entre o homem e a família da mulher. A confiança gerada tem de dirigir diretamente a ela. Finalizando, na sedução com abuso de autoridade, tem de existir uma relação de hierarquia entre o suposto pai e a mãe e provar-se que o pai se tenha servido desse poder para conseguir ter relações sexuais com a mulher.

Alínea e) *quando se prove que o pretenso pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção*: esta presunção foi introduzida pela Lei n.º 21/98, de 12.05 e veio aumentar a possibilidade de sucesso da ação. Antes da introdução desta alínea, na impossibilidade de realizar exames de sangue ou testes da ADN e não se conseguindo provar

---

<sup>112</sup>*Ibidem*, p. 303.

<sup>113</sup>JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Filiação...*, cit., p. 165.

factos que estivessem na base das restantes presunções, o autor tinha de provar a exclusividade das relações sexuais entre a mãe e o pretenso pai durante o período legal de concepção<sup>114</sup>. Com esta presunção, provando-se a existência de relações sexuais entre eles, é o investigado que tem de ilidir a presunção mediante a prova de que, por exemplo, as relações sexuais não foram exclusivas consigo durante o período legal de concepção<sup>115</sup>.

Estas presunções têm uma virtualidade de autossuficiência<sup>116</sup> para que seja dado provimento à ação do filho, mas não são presunções *juris et jure*, considerando-se ilididas quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado (n.º 2 do artigo 1871.º CC).

José Costa Pimenta<sup>117</sup>, a propósito desta solução legal, considera que a lei optou por uma solução *travesti ou híbrida* pois estas presunções, “por não constituírem apenas simples presunções de experiência, são mais do que prova bastante, e por isso, resistem à situação de dúvida sobre a verificação da realidade de facto, mas são menos do que as presunções *juris tantum*, não constituindo prova plena, uma vez que não se deixam destruir apenas perante a prova do contrário mas apagam-se em face da dúvida qualificada (de séria)”.

Quanto à legitimidade para propor a ação, a iniciativa pertence ao filho (artigo 1869.º CC) se a maternidade já estiver estabelecida ou se for pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e outra. A necessidade da maternidade previamente estabelecida percebe-se pela necessidade de ligar a mãe ao suposto pai, para que assim possa haver um elo de ligação. Se a maternidade não estiver estabelecida, pode ser pedida conjuntamente. Mas, nesta situação, o investigador fica restringido quanto aos meios de prova. É que apenas pode alegar a posse de estado ou o escrito do suposto pai, presunções que podem ser provadas sem necessidade de a maternidade estar estabelecida<sup>118</sup>.

A mãe menor tem legitimidade para intentar ação em representação do filho, também menor, sem necessidade de autorização dos pais, mas tem de ser representada em tribunal por curador especial (artigo 1870.º CC), mantendo-se a regra do direito anterior (artigo 1865.º n.º2

<sup>114</sup>Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 18.ª edição revista e atualizada, Ediforum, 2013, p.1506

<sup>115</sup>No entanto mesmo a *exceptio plurium* não é um facto que impeça ou que ponha em causa o direito de investigar do filho: “o problema não está na infidelidade mas sim em averiguar se a coabitação entre o reu e a mãe do autor foi a causa do nascimento do filho, com ou sem fidelidade. O que importa é a averiguação deste nexo de causalidade, quer ele resulte da exclusividade das relações, quer ele resulte de outra prova” – cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito...*, cit., p.26.; e *Critério Jurídico...*, cit., p. 316-320. Salienta-se ainda o contributo dos exames de ADN que poderão sem margem para dúvidas excluir/confirmar a paternidade dos indivíduos. No âmbito do direito pregresso aludimos ao Assento 4/83, de 27 de Agosto do STJ: “Na falta de presunção legal de paternidade, cabe ao autor, em acção de investigação, fazer a prova de que a mãe, no período legal da concepção, só com o investigado manteve relações sexuais”. Com a introdução da alínea e) este entendimento foi derogado.

<sup>116</sup>José da Costa Pimenta, *Filiação...*, cit., p.150

<sup>117</sup>*Ibidem*, p.15.

<sup>118</sup>EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 507

da versão originária).

A coligação de investigadores (artigo 1872.º CC) é permitida, tal como o era no direito anterior à Reforma (artigo 1855.º n.º1 da versão originária do CC), com a especificidade de ser menos ampla atualmente: antes da Reforma admitia-se a coligação de investigadores filhos da mesma mãe ou de mães diferentes em relação ao mesmo progenitor; depois de 77 reduziu-se o âmbito da coligação para filhos da mesma mãe.

Os artigos 1817.º (que irá ser alvo de apreciação nos pontos seguintes) a 1819.º e 1821.º CC aplicam-se à ação de investigação da maternidade e, ainda, à de paternidade, por remissão do artigo 1871.º CC, motivo que nos leva a apreciar o seu regime de forma conjunta.

A ação de investigação intentada pelo filho pode ser prosseguida pelo cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou pelos seus descendentes, se este falecer enquanto decorre a ação; se a ação ainda não tiver sido proposta na data da morte do filho, os sujeitos acima identificados apenas a podem propor se, após a morte, o prazo aplicável ao filho ainda não tiver terminado (artigo 1818.º CC); a regra de prossecução da ação já vem do Decreto nº2, de 25 de Dezembro de 1910, em que eram os herdeiros (artigo 37.º) do filho a ter essa legitimidade. Com a revisão do código em 1966, a legitimidade passou para os descendentes (artigo 1858.º n.º2 do versão originária do código) e a reforma de 1977 acrescentou o cônjuge não separado judicialmente, decorrente da valorização da família conjugal face à de sangue.

Quanto à legitimidade passiva (artigo 1819.º CC), a ação deve ser proposta contra o pretenso progenitor ou, se este tiver falecido, contra o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens e contra os descendentes. Não havendo descendentes, propõe-se contra os ascendentes e, na falta destes, contra os seus irmãos. Não havendo os parentes designados, nomear-se-á um curador especial que será demandado. Para concluir, o filho menor, interdito ou inabilitado tem direito a alimentos provisórios desde a proposição da ação, se o tribunal considerar provável o reconhecimento da filiação. Se, no final, a ação não proceder, não há lugar a restituição dos alimentos prestados (artigo 2007.º n.º2 CC).

### **1.3. A previsão de um prazo de caducidade na propositura de ação de investigação da maternidade e paternidade. Evolução legislativa**

No Código de Seabra, as ações de investigação podiam ser intentadas enquanto os pretensos pais fossem vivos, exceto no caso de os pais falecerem sendo os filhos menores de idade, situação na qual o prazo era alargado para os quatro anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. Outra exceção ao prazo regra de quatro anos verificava-se quando o filho

obtivesse escrito dos pais a admitir a sua maternidade ou paternidade, sendo a ação admitida a todo o tempo (artigo 133.º). Assim, relativamente aos prazos, consagrava-se o regime da imprescritibilidade que, no entanto, era pouco exequível, como já vimos, devido às exigências da admissibilidade das investigações.

Com o Decreto nº2, de 25 de Dezembro de 1910, o prazo para intentar a ação de investigação da maternidade ou paternidade foi estendido para um ano após a morte dos supostos pais (artigo 37.º), sendo que o momento determinante da caducidade do prazo para investigar passou a ser não a vida do pretense pai, mas um ano após a sua morte.

Salientam-se, ainda, duas exceções a esta limitação temporal inspiradas pelo Código de Seabra: se o filho for menor ou demente quando os pais falecem, este tem o prazo de quatro anos após a sua maioridade ou emancipação ou nos quatro anos seguintes a restabelecer a sua razão para intentar a ação (1.º). O prazo referido no artigo 37.º também não se aplica se, mesmo tendo já decorrido o prazo legal, o filho obtiver documento escrito e assinado em que os pais declarem a sua paternidade. Neste caso, a ação poder ser intentada a todo o tempo, desde que o filho prove que obteve o escrito nos seis meses anteriores à proposição da ação, não prejudicando esta exceção as regras gerais de prescrição dos bens, podendo a filiação ter apenas efeitos pessoais.

A nova solução legal de investigação da paternidade com prazos mais alargados não deixou de ser objeto de críticas, por se considerar que a motivação para intentar a ação seria principalmente económica, pois a ação era intentada praticamente sempre depois da morte do pretense progenitor. Tal como defendia Gomes Da Silva<sup>119</sup> em 1959, a ação teria como objetivo “a exigência tardia de bens materiais que já não concorrem para modificar a situação moral e social dos filhos ilegítimos e são extorquidos, quiçá muitas vezes com fraude, àqueles que desde há muito tinham legítima expectativa sobre esses bens”. Além disso, entendia-se que o estabelecimento da filiação deveria ocorrer o mais cedo possível na vida da criança, perdendo com o passar do tempo os seus efeitos benéficos, pois o principal objetivo era aligeirar “na medida do possível, os efeitos da ilegitimidade sobre a formação da personalidade”.

Apesar das críticas, a possibilidade de intentar ação de investigação da paternidade e maternidade a todo o tempo manteve-se até à entrada em vigor do CC de 1966.

Com o novo código, os prazos para intentar ação de investigação da maternidade e paternidade ilegítimas foram previstos no artigo 1854.º, n.º1: *a acção de investigação da*

---

<sup>119</sup>GOMES DA SILVA, “O Direito da...”, *cit.*, p. 86-87.

*maternidade ou paternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois anos posteriores à sua emancipação ou maioridade, sendo que a maioridade se atingia aos 21 anos (artigo 130.º).*

Este novo prazo de caducidade veio, assim, responder às críticas de quem considerava o regime anterior muito permissivo<sup>120</sup>, dando asas a que o cunho essencialmente patrimonial de quem arguia a paternidade ou maternidade numa fase já avançada da vida do progenitor fosse considerado o principal objetivo de quem propunha a ação. Respondia, também, às questões da segurança jurídica, que a não existência de prazo deixava no ar.

Assim, o momento chave do prazo de caducidade passa a ser os dois anos posteriores à maioridade ou emancipação e não a data da morte do pretense progenitor.

O prazo previsto no n.º1 do artigo 1854.º CC era o prazo regra. No entanto, os restantes números do artigo admitiam prazos excecionais para situações tipificadas: assim, se a filiação já estivesse estabelecida, não era possível o reconhecimento judicial em contraposição com a definida na lei. Posto isto, era necessário, primeiramente, remover esse obstáculo, após o qual a ação podia ser proposta no prazo de um ano, desde que a retificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório tivesse sido requerida até ao momento em que o investigante fizesse 20 anos. (n.º2); se a ação fosse fundada em escrito onde o progenitor admitisse de forma inequívoca a maternidade ou paternidade, a ação podia ser proposta a todo o tempo desde que o escrito apenas tivesse sido obtido pelo investigante nos seis meses anteriores à proposição da ação (n.º3); finalmente, se a investigação se fundasse em posse de estado, o prazo para a propor era de um ano após cessar o tratamento como filho (n.º4).

Com a Reforma de 1977 o estabelecimento de prazos passou a estar plasmado no artigo 1817.º CC, mantendo a orientação da caducidade do prazo de dois anos após a maioridade ou emancipação, ou seja, até aos 20 anos. Apesar de ter conservado o prazo de dois anos, ressalva-se a diferente inserção sistemática do preceito: a proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º 4 CRP) impediu a referência a filhos legítimos e ilegítimos; assim, ao contrário do preceito anterior, o artigo 1814.º CC refere-se quer à ação de investigação da maternidade gerada dentro do casamento, quer fora (e é aplicável à

---

<sup>120</sup>“(a) solução do direito anterior tinha reconhecidamente graves inconvenientes, o mais importante dos quais foi ter convertido a acção de determinação legal do pai num puro instrumento de caça à herança paterna...*quando o pai fosse rico*. Foi contra essa má instrumentalização da acção num grande número de casos, e no intento de trazer o estabelecimento da paternidade para o período da vida do filho em que o poder paternal é mais necessário e pode ser mais útil limitou a possibilidade de proposição da acção ao período da menoridade do filho ou aos dois primeiros anos posteriores à sua menoridade ou emancipação” – cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil...*, cit., p.82.

paternidade por remissão do artigo 1873.º CC), enquanto o antigo dizia respeito à maternidade e paternidade ilegítima<sup>121</sup>.

### 1.3.1. A Lei n.º 14/2009 de 1 de abril

O prazo de dois anos manteve-se até ser declarado inconstitucional em 2006<sup>122</sup> com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional, deixando de poder ser aplicado. Não obstante, somente em 2009 surgiu a nova lei que estendeu o prazo de dois para dez anos após a maioridade ou emancipação.

Posto isto, de 2006 a 2009 verificou-se um autêntico vazio jurídico na lei sobre a existência ou não de prazo de caducidade, vindo os Tribunais - uma vez que a vida das pessoas não aguarda por tomada de posição do legislador -, a apreciar as questões relativas às ações de investigação que iam sendo propostas sobre a caducidade ou imprescritibilidade do prazo para a interposição da ação<sup>123</sup>. Os Tribunais seguiram o entendimento da doutrina majoritária e consideraram de modo uniforme que a ação de investigação não devia estar

---

<sup>121</sup>PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil...*, cit., p.81.

<sup>122</sup>Através do acórdão do TC n.º 23/2006, de 10.01.2006, processo n.º 885/2005, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Sobre os motivos que estiveram na base da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e qual a posição dos tribunais desde 2006 até 2009, cfr. p. 49-52.

<sup>123</sup>Após a entrada em vigor da nova lei, tornou-se necessário resolver o problema da sua aplicação às ações pendentes pois a nova lei, no seu n.º 3.º mandava aplicar o novo prazo a essas ações, o que significava que ações que foram intentadas quando não havia prazo estabelecido na lei, iriam ser restringidas pela aplicação do prazo de dez anos, o que gerou controvérsia sobre a admissibilidade ou não da sua aplicação. J.P. REMÉDIO MARQUES admite que devido às decisões jurisprudenciais que surgiram entre 2006 e 2009, a nova lei seja desfavorável, devido às expectativas legítimas da continuidade da não fixação legislativa de prazos. Ainda assim, considera que se deve distinguir duas situações: por um lado, os investigadores, que apesar de já terem mais de vinte anos intentaram a ação de investigação no período que decorreu entre a publicação do acórdão n.º 23/2006 no DR (que ocorreu a 10.02.2006) e a entrada em vigor da nova lei a 2 de Abril. Estes devem ser protegidos dos efeitos da nova lei, pois podem ter formado e investido na confiança legítima de que nesse compasso de tempo, era admitido a instauração de ações de investigação sem limite de prazo. Para esses, o artigo 3.º da Lei 14/2009, não se aplicaria e portanto padeceria de inconstitucionalidade material. O fundamento dessa inconstitucionalidade material seria a violação de direitos fundamentais pela aplicação retroativa de “uma norma transitória especial aniquiladora de direitos fundamentais já exercidos e em curso de constituição (direito de ação, direito à identidade pessoal, direito a constituir família)”. Outra situação diferente é a daqueles que intentaram a ação antes da publicação do acórdão n.º 23/2006 e que já não tinham legitimidade por terem mais de vinte anos de idade, pois ainda não tinham conhecimento dos efeitos do acórdão n.º 23/2006 e por isso não poderiam contar com a possibilidade da não aplicação de prazo. Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, “*O prazo de caducidade do n.º 1 do artigo 1817.º do código civil e a cindibilidade do estado civil: o acórdão do Plenário do Tribunal Constitucional n.º 24/2012. A (in)constitucionalidade do artigo 3.º da lei n.º 14/2009 e a sua aplicação às ações pendentes na data do seu início de vigência, instauradas antes e depois da publicação do acórdão n.º 23/2006*” in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.173-175, 185-188. No mesmo sentido vão as decisões jurisprudenciais que julgaram a inconstitucionalidade da norma do artigo 3.º da Lei 14/2009, pois respeitaram apenas a ações de investigação instauradas após a publicação do acórdão n.º 23/2006. Disso são exemplos os acórdãos seguintes: Ac. do TC n.º 164/2011, de 24.03.2011, processo n.º 631/2009; Ac. do TC n.º 323/2013, de 31.05.2013, processo n.º 761/12; Ac. do TC n.º 78/2012, de 09.02.2012, processo n.º 554/11. No STJ temos o exemplo do Ac. de 25-03-2010, processo n.º 144/07.8TBFVN.C1.S1. O TC em 2012, através do Ac. n.º 24/2012, de 17.01.2012, processo n.º 382/2010, confirmou a inconstitucionalidade material do artigo 3.º - acórdãos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

sujeita a prazo. Durante este período atingiu-se “o ponto máximo da abertura no direito português, relativamente à investigação da paternidade e maternidade, que admitia não só a acção livre sem quaisquer condicionalismos ou controlo prévio, mas também a acção imprescritível. O princípio da verdade biológica saía reforçado ganhando contornos de direito absoluto, não só orientador mas essencialmente conformador de praticamente todo o sistema de estabelecimento da filiação<sup>124</sup>”.

Em 2009, com a entrada em vigor da nova lei, dissiparam-se as dúvidas a nível legislativo, com o legislador a tomar uma posição contrária à que a jurisprudência vinha defendendo nos anos antecedentes. Mantiveram-se no entanto, as incertezas a nível jurisprudencial, com os Tribunais a darem respostas diferentes aos pedidos de análise da constitucionalidade do prazo. Estendeu-se o prazo, o que aumenta as possibilidades de sucesso da ação mas ainda assim o direito do filho está sujeito a limitações temporais. Assim, pode-se questionar se a liberdade de não ser considerado pai é merecedora de tutela face ao direito fundamental do filho conhecer a sua história de vida.

#### **1.4. O prazo de caducidade na propositura da ação de investigação da maternidade e paternidade em direito comparado**

A solução portuguesa, que advoga pela caducidade do prazo, não é exclusiva. No entanto, a opção dominante, nesta temática, a nível comparatístico, segue a via da imprescritibilidade.

Assim, em Espanha, por exemplo, o artigo 133.º do CC sustenta que “a acção de reclamação de filiação não matrimonial, quando falte a respetiva posse de estado, cabe ao filho durante toda a sua vida”.

Seguindo para França, a solução passa pela caducidade do prazo, após dois anos da ocorrência do nascimento. Apesar deste prazo geral, estão admitidas situações excecionais. Quando o filho atinge a maioridade pode ele também interpor uma ação de investigação até ao término dos seus vinte anos (artigo 340.º n.º 4 CC).

Em Itália, o Código Civil, no seu artigo 270.º, refere que a ação para reconhecimento judicial de maternidade e paternidade é imprescritível para o filho.

O legislador alemão, por seu lado, também adotou a regra da imprescritibilidade no artigo 1600e, nº 1, a par do Código Civil brasileiro<sup>125 126</sup>, que postula no artigo 1606 que “a acção de

---

<sup>124</sup>ANA RITA MADEIRA, “A acção de investigação da paternidade: caducidade versus imprescritibilidade” in *Lex Familiae, Revista portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010, p. 89.

<sup>125</sup>A investigação da paternidade fora do casamento apenas foi pela primeira vez regulada em 1992, através da Lei n.º 8560, de 29 de Dezembro.

prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Em Macau, o Código Civil, no artigo 1677.º n.º 1 dispõe que “a ação de investigação da maternidade pode ser proposta a todo o tempo”. Este artigo é aplicável à investigação da paternidade por força da remissão do artigo 1722.º. No entanto, para evitar os inconvenientes de as ações de investigação poderem ter, em grande parte, interesses meramente patrimoniais, inscreveu neste regime de investigação a possibilidade de os efeitos serem meramente pessoais, excluindo-se quaisquer pretensões materiais no 1656.º n.º 1. Assim, se a ação é intentada mais de quinze anos depois do conhecimento dos factos da maternidade ou paternidade e quando se prove a intenção patrimonial, a filiação estabelece-se apenas com efeitos pessoais.

A lei suíça, nesta matéria previu prazos de caducidade no artigo 263.º da seguinte forma: a mãe pode intentar ação de investigação até o filho ter um ano de idade, sendo que a partir daí o direito de investigar caduca para ela, mas não para o filho, que o poderá fazer até um ano após atingir a maioridade. Apesar da existência destes prazos, a ação pode ainda ser interposta depois do seu término se for o atraso se tornar desculpável por motivos justificados.

---

<sup>126</sup>Para uma visão do Direito da Família brasileiro, cfr. MARIA BERENICE DIAS, *Manual de direito das famílias*, 9.ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.



### **CAPITULO III**

#### **- CADUCIDADE VS. IMPRESCRITIBILIDADE DO PRAZO NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DA MATERNIDADE E PATERNIDADE -**

##### **1. JUSTIFICAÇÕES TRADICIONAIS PARA A EXISTÊNCIA DE UM PRAZO NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DA MATERNIDADE E PATERNIDADE**

São três essencialmente as razões invocáveis para a restrição do direito de investigar, que são “património comum da doutrina<sup>127</sup>”.

##### **1.1. A segurança jurídica**

Esta primeira razão invoca o direito à segurança dos pretensos pais e dos seus filhos/herdeiros, no sentido de que as pretensões jurídicas não devem pairar indefinidamente sobre os sujeitos, mantendo-se estes na expectativa de a pretensão se realizar (ou não). Estes, tendo tal ónus sobre si, têm igualmente - contrabalançando - a possibilidade de delimitação temporal em que tal pretensão se poderá concretizar. Deve, por tudo, poder demarcar-se no tempo até quando “têm a espada sobre a cabeça<sup>128</sup>”.

Assim, terminado o prazo de caducidade, os pretensos progenitores ou os seus herdeiros podiam confiar na estabilidade da sua situação pessoal e patrimonial<sup>129</sup>, alcançando a paz e a harmonia na família.

Este argumento é reiteradamente utilizado em favor do prazo de caducidade das ações de filiação. Se, inicialmente, Guilherme de Oliveira considerava esta razão válida para o estabelecimento de prazos de caducidade, anos mais tarde acabou por admitir ter opinião diferente, questionando: “Será que o suposto progenitor merece também esta segurança (aplicada aos negócios jurídicos) - a segurança de não ser incomodado a partir dos vinte anos do filho? A segurança de não ser declarado pai, em qualquer momento, merece os mesmos cuidados por parte do sistema jurídico? De duas, uma: se o suposto progenitor julga que é o progenitor, está nas suas mãos acabar com a insegurança - perfilhando - e se tem dúvidas pode mesmo promover a realização de testes científicos que as dissipem; se, pelo contrário, não tem a consciência de poder ser declarado como progenitor, não sente a própria insegurança. E se um dia for surpreendido pelas consequências de um “acidente” passado há

---

<sup>127</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade das Acções de Investigação*” in *Comemorações...*, cit., p.50.

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> RAFAEL VALE REIS, “*Filho depois dos 20...! Notas ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004 de 7 de Julho*”, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 128.

muito tempo, dir-se-á que tem sempre o dever de assumir as responsabilidades, porque mais ninguém o pode fazer no lugar dele<sup>130</sup>”. Assim, considera que este argumento tem um “valor imerecido”, acrescentado mais tarde que a admissão deste argumento sustenta apenas “direito de não ter incómodos – designadamente o direito de não ter de assumir a responsabilidade pessoalíssima do estatuto de pai<sup>131</sup>”.

De nossa parte, salientamos que não nos parecer fazer qualquer sentido a invocação deste argumento, com o sentido de não protelar no tempo uma situação de indefinição quanto à possibilidade de o filho vir alguma vez a intentar ação de investigação. Dizemo-lo, sobretudo, por o legislador português - de forma ainda que condicionada pelos prazos de caducidade que admite - ter aderido a um sistema livre de investigação da paternidade e maternidade, ao contrário do que era admitido no Código de Seabra. Ademais, consagrou o primado da verdade biológica, através da possibilidade de recorrer a exames científicos (artigo 1801.º CC), tendo em vista a determinação da filiação, mormente através de perfis de ADN que não têm qualquer validade temporal. A tutela da segurança jurídica não tem, assim, o mesmo valor que o direito do filho ao conhecimento das suas origens.

## **1.2. O envelhecimento das provas**

O perecimento das provas é outro dos argumentos utilizados em favor da manutenção de um prazo de caducidade, que tem, não obstante, perdido parte do seu valor ao longo dos anos.

Guilherme de Oliveira admitia que “os litígios quanto à paternidade foram sempre de prova difícil, pelo carácter discreto dos factos e pela emoção inevitável que os problemas suscitam; um terreno assim é propício a tudo o que se diz de mau acerca da prova testemunhal, e não era demais insistir na possibilidade de fraudes. Então compreende-se que a passagem do tempo aumente os perigos - as pessoas e lugares alteram-se, a memória falha, todos os conluios podem florescer para apoiar uma acção bem urdida<sup>132</sup>”. Todavia, já em 1979 desvalorizava este argumento - mesmo quando os testes de sangue pareciam uma miragem -, afirmando: “não me parece muito convincente no que respeita à investigação da maternidade, pelo carácter ostensivo do facto que constitui objecto da acção – nascimento por obra da pretensa mãe; e no que respeita à investigação da paternidade, sempre se poderá dizer que, se a prova se vai tornando mais difícil com o decorrer do tempo, é o próprio investigador

---

<sup>130</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade das Acções de Investigação*” in *Comemorações...*, cit., p. 53-54.

<sup>131</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “*A jurisprudência...*”, cit., p. 112; e, no mesmo sentido, RAFAEL VALE REIS, “*Filho depois...*”, cit., p. 131.

<sup>132</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade das Acções de Investigação*” in *Comemorações...*, cit., p. 50.

retardatário quem mais suporta essa desvantagem, e não parece curial limitar-lhe o direito de investigar para lhe garantir o êxito da prova...<sup>133</sup>”.

Anos mais tarde<sup>134</sup> (já com os exames laboratoriais como meios de prova predominantes), afirma que a verdade biológica possível através dos exames sanguíneos não perece com o passar do tempo, sendo intemporal.

Além de Guilherme de Oliveira, outras vozes se erigem na crítica a este argumento. Paula Távora Vítor<sup>135</sup>, v.g., não considera o esbatimento da prova razão suficientemente forte para fixar prazos de caducidade, devido às técnicas científicas de investigação. Razão para questionarmos (afirmando) se não se encontra já este argumento obsoleto?

A par da doutrina, também a jurisprudência deixou de dar relevância a este argumento, como resulta claro do Acórdão nº 23/2006 do Tribunal Constitucional.

Atualmente, este argumento perdeu valor e relevância devido aos avanços da Ciência em geral e da Genética<sup>136</sup> em particular. É agora possível determinar, com um grande grau de probabilidade, se um sujeito é ou não progenitor de outro. Os meios utilizados para a investigação passam acima de tudo pelos meios de prova científicos, admitidos pelo artigo 1801º do CC (desde a Reforma de 1977), que mantêm a sua verdade inalterável por mais anos que passem e podem até ser obtidos depois da morte do suposto pai. As tais provas que poderiam correr o risco de “envelhecer”, como as testemunhais, servem atualmente de mero auxílio à prova genética.

Quanto a este argumento, temos de concordar com a doutrina que já não o considera admissível. Não fazem, de facto, qualquer sentido os receios (infundados) sobre o envelhecimento das provas: com a admissão de testes biológicos, o rigor da verdade biológica perdura seja por 10, 20 ou até 30 anos. Desde que haja material genético a ser utilizado, a verdade não morre.

### **1.3. A proteção do património**

O argumento “Caça-Fortunas”, ou o perigo dos *interesses puramente egoísticos*<sup>137</sup> é outros dos alicerces invocados contra a imprescritibilidade do prazo das ações de investigação. Considerava-se que a não previsão de prazos de caducidade transformaria as

---

<sup>133</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 41.

<sup>134</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “A jurisprudência...”, cit., p. 112.

<sup>135</sup>PAULA TÁVORA VÍTOR, “A propósito...”, cit., p. 90 - nota 5.

<sup>136</sup>Sobre este assunto, cfr GUILHERME DE OLIVEIRA, “A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação” in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 77-94.

<sup>137</sup>RAFAEL VALE REIS, “Filho depois...”, cit., p. 129.

ações de investigação da paternidade (e maternidade, se bem que em menor número) em ações de caça à fortuna (já que eram propostas quando o suposto progenitor já se encontrava em idade avançada), por a obtenção de dinheiro ou património ser o único objetivo. Ademais, o que se quer acautelar com as ações de investigação é que o filho consiga ter a presença do pais durante o período da sua vida em que está ainda a formar a sua personalidade, ou seja nas primeiras décadas de vida<sup>138</sup>). Assim, se a ação não é intentada por essa altura, perder-se-ia efeito prático da ação de investigação.

Este argumento poderia até considerar-se admissível (o que não significa defensável!) no que respeita a pretensos pais possuidores de fortuna - que o utilizam para evitar assumir uma paternidade (ou maternidade) não desejada. Todavia, nem todos os progenitores envolvidos em ações de investigação têm fortuna pelo que ao invocar tal argumento, poderá estar a estabelecer-se, salvo melhor opinião, uma presunção de má fé de todos os filhos maiores que querem conhecer a sua ascendência biológica, sem a necessária sustentabilidade fática. Cumulativamente admiti-lo seria, por um lado, partir do princípio que todos os filhos com um ou ambos os pais incógnitos têm dificuldades económicas -tal como previa a presunção legal do artigo 44.º do Decreto-Lei nº2 de 1910 de 25 de Dezembro) e por outro, que se movem (sem escrúpulos) apenas por dinheiro (o que podendo ser verdade em certos casos, não o será em todos).

O legislador, por exclusão de partes, vem atribuindo grande peso a este argumento, visto que desde 1966 admite prazos de caducidade, cuja existência apenas se poderá compreender com base neste fundamento.

Pelo contrário, a maioria da doutrina não considera este argumento sustentável. Veja-se a opinião de Paula Távora Vítor<sup>139</sup>: “o argumento caça às fortunas hoje (está) ultrapassado pela evolução social verificada que conduziu na esmagadora maioria dos casos à parificação económica entre investigadores e investigados”. Já Guilherme de Oliveira<sup>140</sup> conclui que “pretender uma herança não se deixa qualificar facilmente como “Caça às fortunas” porque todos os filhos esperam heranças e, sobretudo, porque o velho instituto da petição da herança mostra como o direito civil encara uma reivindicação tardia de bens com a maior tranquilidade, sem prazos que não sejam os que se preveem para a usucapião”. Jorge Duarte

---

<sup>138</sup>Tal como referia já em 1959 GOMES DA SILVA a propósito da solução encontrada pelo artigo 37.º do decreto nº2 de 25 de Dezembro de 1910 – cfr. “*O Direito da...*”, cit..

<sup>139</sup>PAULA TÁVORA VÍTOR, “*A propósito da...*”, cit., p. 91 - nota 5.

<sup>140</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “*A Jurisprudência...*”, cit., p. 111.

Pinheiro<sup>141</sup>, por sua vez, entende que “estão em causa argumentos de índole predominantemente patrimonial que não superam o interesse do filho no estabelecimento da respetiva filiação”. Para evitar os inconvenientes dos interesses puramente materiais na procura da filiação biológica, Rafael Vale Reis<sup>142</sup> sugere a utilização do instituto do abuso de direito.

Numa análise de direito comparado impõe-se referir a opção do CC de Macau<sup>143</sup> que nos casos de manifesto interesse material do filho (relativamente ao suposto pai) aplica apenas efeitos pessoais ao estabelecimento da filiação, tal como constava da Recomendação da Provedoria de Justiça nº 36/B/99<sup>144</sup> e dos Projetos de Lei apresentados pelo Partido “Os Verdes”<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup>JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito...*, cit., p.172.

<sup>142</sup>RAFAEL VALE REIS, *“Filho depois...”*, cit., p.132.

<sup>143</sup>O artigo 1656.º do CC de Macau sob a epígrafe “Ineficácia patrimonial” menciona o seguinte:” 1. A declaração de maternidade, a perfilhação e o estabelecimento da filiação em acção de investigação de maternidade ou de paternidade são ineficazes no que aproveite patrimonialmente ao declarante ou proponente, nomeadamente para efeitos sucessórios e de alimentos, quando: a) sejam efectuadas ou intentadas decorridos mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação; e b) As circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu a declaração ou proposição da acção foi a obtenção de benefícios patrimoniais.” Assim não basta intentar a ação muitos anos após o efetivo conhecimento dos supostos laços de filiação; é ainda necessário o pai fazer prova das circunstâncias que demonstrem o interesse unicamente patrimonial em causa, provas essas que irão ser rebatidas pelo suposto filho.

<sup>144</sup>Disponível em <http://www.provedor-jus.pt/?idc=67&idi=2191>. Em termos gerais, o Provedor de Justiça recomendou que existissem dois tipos de ações de reconhecimento da maternidade e paternidade: umas com fins meramente pessoais e outras que incluíssem também um fim patrimonial. Assim, para as ações com fim meramente pessoal recomendava a imprescritibilidade do prazo, enquanto para as outras, se recomendava a manutenção do prazo.

<sup>145</sup>Este partido apresentou três projetos leis sobre a norma do artigo 1817.º, n.º1: n.º 303/VIII (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=589>) e n.º 92/IX/2002 (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=19157>), que na sua exposição de motivos seguem a linha de pensamento da Recomendação e sugerem também que a ação de investigação seja imprescritível quando o investigador apenas pretenda que o estabelecimento da filiação tenha efeitos pessoais. A possibilidade de estabelecer a paternidade/maternidade apenas com efeitos pessoais acautelaria o interesse do suposto pai que é ver protegido o seu património e não poria em causa direitos ou expectativas patrimoniais de terceiros. GUILHERME DE OLIVEIRA, levantou objeções à aprovação deste projeto de lei já que traria ainda mais problemas do que os que tentaria resolver, porque aprova-lo significaria na prática admitir duas classes de filhos: filhos com direitos pessoais e patrimoniais (da herança), estes frutos do casamento, e filhos com direitos simplesmente pessoais. Esta situação levaria a que a lei fosse rapidamente declarada inconstitucional por violação do artigo 36.º n.º4 da CRP “a não ser que prevalecesse a ideia de que os filhos teriam de assumir irrefragavelmente a responsabilidade de renunciar à produção dos efeitos patrimoniais, para que a investigação pudesse ser admitida. Mas, neste caso, estaríamos a aceitar que o estatuto de filho tem um conteúdo disponível, ao contrário do que é geralmente admitido” – cfr. “Caducidade...”, cit., p. 13 - nota 19. JORGE DUARTE PINHEIRO, afirmava que como os prazos se mantinham a menos que o autor renunciasse a efeitos patrimoniais, o exercício do direito à identidade pessoal ficava condicionada a uma tomada de posição do filho quanto aos direitos que queria retirar da sua posição juridicamente reconhecida – cfr. “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º1, do Código Civil – Ac. do TC 23/2006, de 10.01.2006” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, Julho/Setembro, Braga, CEJUR, 2006, p.51. O projeto de lei n.º 178/X (Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=21079>) também segue a mesmo entendimento que os anteriores, no entanto, vai mais além respondendo, na exposição de motivos, a quem considerava (como Guilherme de Oliveira) que o estabelecimento de laços de filiação apenas com efeitos pessoais era discriminatório; Posto isto, na exposição de motivos afirma-se que “o projecto vai

De todos os argumentos tradicionais, este é o que tem mais relevância e, na nossa opinião o que merece mais “cuidado” e reflexão: se por um lado não podemos deixar de ter em conta os direitos fundamentais dos filhos que querem ver a sua filiação estabelecida, também nos parece necessário atender às expectativas criadas pelos herdeiros do suposto pai (expectativas essas que se ancoram simplesmente no plano patrimonial e por isso podem decair face a direitos pessoalíssimos como o que está aqui em causa principal) e às criadas pelo próprio pai de não esperar ter de redistribuir o património de forma diferente, repartindo-o com um filho desconhecido, cujas intenções verdadeiramente desconhece.

Cremos ainda assim que a maioria das ações intentadas têm apenas como objetivo a clarificação dos laços biológicos, não sendo no entanto indiferentes aos interesses patrimoniais eventualmente esperados pelos filhos biológicos. Assim, em vez da aplicação de prazos preferimos a sugestão de Rafael Vale Reis: utilizar o instituto do abuso do direito para situações manifestamente excessivas e excecionais, como será o caso, em vez da limitação sem mais do direito de agir do filho. A solução do CC de Macau, assim como a Recomendação da Provedoria de Justiça e dos Projetos de Lei, que seguem o mesmo entendimento, é muito redutora e mais dificilmente invocável. Seguir esta solução, é para nós, presumir o interesse do filho sempre com má fé, considerando este interesse sempre negativo, quando assim não é. Ser filho implica também ter direito a benefícios patrimoniais, pelo que esperar esses benefícios faz parte do seu estatuto jurídico. Ainda assim, quando esse interesse é o único que preside à vontade de estabelecimento da filiação de forma flagrante, o instituto de abuso de direito é mais exigente e por isso soluciona melhor a questão, pois funciona caso a caso, exigindo do julgador um juízo concreto face à situação em discussão e não implica logo à priori que o estatuto de filho se reduza simplesmente a efeitos pessoais.

## **2. A SOLUÇÃO DA NORMA CONSTANTE DO ARTIGO 1817.º, N.º 1 DO CÓDIGO CIVIL: JUÍZO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE**

Desde o Código de Seabra até à redação do CC de 1966 o nosso sistema de investigação da maternidade e paternidade pautou-se pela imprescritibilidade do direito de ação - o que não passou incólume no crivo doutrinal, originando críticas a este sistema como vimos expondo.

---

apenas esbater ou diminuir a extensão da inegável discriminação actualmente existente entre filhos com direitos pessoais e patrimoniais e filhos sem direitos quer pessoais, quer patrimoniais. Portanto, a discriminação já existe, o que se pretende é diminuir o alcance dessa discriminação”. Ora, esta argumentação para defesa dos efeitos meramente pessoais do estabelecimento da filiação não colhe, pois não se pode justificar uma má solução com o argumento de ser menos gravosa que outras já existentes. O legislador deve procurar a solução “ótima” para o problema em análise e não a solução menos gravosa.

Assim, de 1966 em diante, o prazo para investigar passou a ser de dois anos após a maioridade ou emancipação do filho investigador, de tal modo que a nível legislativo a solução se manteve durante quatro décadas - nem a Reforma do Código em 1977 alterou a baliza temporal instituída em 1966.

A solução legal que se manteve até 2006 não foi isenta de críticas pela doutrina e jurisprudência que puseram em causa a bondade da solução.

Inicialmente Guilherme de Oliveira era a favor da caducidade do prazo de dois anos, julgando-o “um princípio justo e conveniente” e refutando de modo assertivo a possibilidade de imprescritibilidade do direito de ação. Considerava fundamental um regime que se abrisse à verdade biológica, sem esquecer no entanto, outros valores também dignos de proteção jurídica - a certeza e a segurança – não constituindo o estabelecimento de um prazo de caducidade um obstáculo real à iniciativa de investigar a ascendência. No entanto, defendia que ao ter baixado a idade em que se atinge a maioridade (que era, à data de vinte e um anos), era de ponderar o alargamento do prazo, mantendo ainda assim a solução da caducidade ou prever uma cláusula que permitisse intentar a ação depois do prazo, por motivos justificados<sup>146</sup>.

A jurisprudência constitucional começou a manifestar-se sobre a existência do prazo no final da década de 80, mas sempre advogando a constitucionalidade da sua existência por não considerar que violasse os preceitos constitucionais evocados pelos particulares, fundamentando a sua orientação na doutrina de Guilherme de Oliveira.

O primeiro pedido de declaração de inconstitucionalidade do prazo apresentado no Tribunal Constitucional data de 28.04.1988, tendo decisão do acórdão 99/88<sup>147</sup>, no qual se apreciou a constitucionalidade dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1817.º do CC.

A questão principal seria saber se o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade postulado pelos artigos 25.º e 26.º da CRP, se traduzia “ao nível do sistema legal, num imperativo absoluto, isto é, como excluindo toda e qualquer regulamentação que, não apenas restrinja, mas simplesmente condicione o exercício do direito em causa, podendo vir a traduzir-se, num obstáculo concreto à sua completa fruição”. Acaba por concluir-se que a aplicação às ações de investigação de paternidade dos prazos constantes nos n.ºs 3 e 4 do artigo 1817.º do CC não violavam a Constituição, porque não se está perante uma restrição (que retiraria o seu alcance ou efeito útil) a esses direitos mas simplesmente a

---

<sup>146</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério Jurídico...*, cit., p.465-468.

<sup>147</sup> Acórdão do TC n.º 99/88, de 28.04.1988, processo n.º 101/85, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

um condicionamento (que limita o seu exercício mas que é admitida pela Constituição)<sup>148</sup>. O mesmo entendimento foi tomado no acórdão n.º 370/91<sup>149</sup>.

Nos acórdãos n.ºs 413/89<sup>150</sup>, 451/89<sup>151</sup> e 506/99<sup>152</sup> o Tribunal pronunciou-se a favor da constitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1 e, bem assim, da existência do prazo de dois anos, (julgaram-se casos em que a ação de investigação da paternidade foi proposta vários anos após os autores terem atingido a maioridade e o Tribunal considerou de modo unanime que o prazo do n.º 1 do artigo 1817.º do CC estava de acordo com as exigências constitucionais, não violando os princípios da proporcionalidade e da identidade pessoal e sendo até exigível por razões de certeza e segurança jurídicas).

Em todas as decisões aludidas não se negava a existência de direitos fundamentais do filho investigador - nomeadamente o direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade como dimensão essencial do direito à identidade pessoal - e nem pareciam restar dúvidas quanto ao vínculo biológico (que ficou sempre provado); contudo o decurso do prazo de dois anos impedia o reconhecimento do vínculo e os argumentos tradicionais da segurança jurídica, distanciamento temporal e a proteção do património foram sempre determinantes para que o Tribunal Constitucional se pronunciasse a favor da constitucionalidade do prazo de dois anos, considerando haver uma ponderação justa dos direitos e interesses de ambas as partes.

### **3. A VIRAGEM JURISPRUDENCIAL E A ABERTURA À IMPRESCRITIBILIDADE<sup>153</sup>**

Ao nível legislativo, a imprescritibilidade das ações figurava já no Código de Seabra, que permitia a investigação durante a vida do suposto pai (apesar da pouca aplicabilidade prática do regime) e no Decreto n.º2 de 25 de Dezembro de 1910 que estendeu o período da ação de

---

<sup>148</sup>Sobre a restrição e condicionamento das normas constitucionais, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da Republica Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Almedina, 2004, p. 222 e ss.

<sup>149</sup>Acórdão n.º 370/91, de 25.09.1991, processo n.º 401/89, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>150</sup>Acórdão n.º 413/89, de 31.05.1989, processo n.º 142/88, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>151</sup>Acórdão n.º 451/89, de 21.06.1989, processo n.º 287/87, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>152</sup>Acórdão n.º 506/99, de 21.09.1999, processo n.º 849/98, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Este acórdão teve por base um recurso do STJ que na decisão de 25.06.1998 afirmou que o prazo de dois anos para arguir a maternidade e paternidade consistia numa restrição não admitida pela Constituição ao direito fundamental de conhecimento da ascendência biológica.

<sup>153</sup>J.P. REMÉDIO MARQUES considera a denominação “imprescritibilidade” errónea porque o prazo do artigo 1817.º, n.º1 é um prazo de caducidade e não de prescrição “pelo que é erróneo afirmar que estas acções são (ou deviam ser) “imprescritíveis”. “Embora a caducidade e prescrição sejam dois modos de ser do mesmo fenómeno extintivo e liberatório dos direitos subjectivos ou de quaisquer posições jurídicas subjectivas, na caducidade surpreende-se uma mais forte e objectiva tutela da certeza e segurança jurídica” in “*Caducidade de acção de investigação da paternidade: o problema da aplicação imediata de lei 14/2009 de 1 de abril às acções pendentes*” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.200-201. Ver ainda, RAFAEL VALE REIS, “*Filho depois...*”, *cit.*, p.130 - nota 9.



investigação a um ano após a sua morte.

No plano doutrinal, Guilherme de Oliveira<sup>154</sup> altera a sua opinião sobre a existência de prazos e defende que a imprescritibilidade do direito de ação de investigação é a melhor solução, atentando aos progressos da ciência e à alteração das mentalidades, com o reforço dos valores sociais e afetivos, (cortando radicalmente com o que pensava em 1983) em casos limite admitia a aplicação do instituto do “abuso de direito” para que “ o autor possa ser tratado como se não tivesse o direito que invoca- porque nunca o quis usar quando podia fazê-lo, porque se guardou para um momento em que o suposto pai organizou a sua vida em favor de outros herdeiros, porque o autor não pretende mais do que facturar no seu activo patrimonial<sup>155</sup>”.

A jurisprudência constitucional, na esteira deste ilustre Professor corta também com o regime anterior de afirmação da constitucionalidade dos prazos e vem no Acórdão n.º 456/03<sup>156</sup>, julgar (pela primeira vez) inconstitucional o prazo do n.º2 do artigo 1817.º CC (se bem que a sua constitucionalidade nunca tinha sido, até aquele momento, posta em causa, mas desta decisão se depreende a mudança de perspetiva face a todas as decisões anteriores que julgaram sempre a constitucionalidade desta solução legislativa). No caso em análise era necessário determinar se a investigação da paternidade ficava (ou não) impedida após os 20 anos do autor da investigação, no caso de até ao término desse prazo não ter havido nunca fundamentos para a intentar porque a sua paternidade se encontrava estabelecida por presunção do artigo 1826.º CC. Ora, sendo impugnada a paternidade presumida pelo pai presumido, o filho que tinha ficado com essa menção no registo de nascimento em branco, via-se impedido de intentar uma ação de investigação por já ter decorrido o prazo. O n.º 2 do artigo 1817.º CC previa que o cancelamento do registo inibitório fosse feito até ao termo do prazo de dois anos, que já tinha terminado. O tribunal concluiu pela inconstitucionalidade do n.º2 por violar o direito à identidade pessoal, apesar de não pôr em causa a admissibilidade da existência de prazos de caducidade. As circunstâncias concretas deste caso evidenciaram a deficiente articulação do regime de impugnação da paternidade com o regime da investigação. Este acórdão, na opinião de Rafael Vale Reis (que sufragamos) “anunciava a possibilidade de inversão do rumo inflexível das decisões anteriores, ainda que, para o juízo de

---

<sup>154</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade..., cit., p.7-13 e “Caducidade das acções de investigação” in *Comemorações..., cit.*, p.49-58.

<sup>155</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação” in *Comemorações, cit.*, p. 57.

<sup>156</sup>Acórdão n.º 456/03, de 14.10.2013, processo n.º 193/03, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

inconstitucionalidade tenham contribuído as particulares condições do caso concreto.<sup>157</sup>,”

Apesar da inédita decisão, nesse mesmo ano o Tribunal Constitucional proferiu o acórdão n.º 525/2003<sup>158</sup> no qual afirmava novamente a constitucionalidade do regime, seguindo a orientação maioritária da jurisprudência. Apesar disso, em 2004, no acórdão n.º 486/04<sup>159</sup> foi declarada pela primeira vez a inconstitucionalidade<sup>160</sup> do prazo de dois anos para averiguação da maternidade ou paternidade, por violação da exigência de proporcionalidade consagrada no art.18.º, n.º 2 da Constituição e dos artigos 26.º, n.º1, 36.º, n.º 1 do mesmo corpo legal. Neste acórdão os juízes fizeram questão de salientar que o que estava em causa era a apreciação da constitucionalidade do prazo concreto constante da norma do artigo 1817.º CC e não a admissibilidade constitucional ou não de quaisquer outros limites temporais. Aliás, fizeram mesmo questão de reiterar que a solução da imprescritibilidade não era a única solução existente. Nesta decisão defendeu-se ainda uma alternativa à lei vigente naquele momento “quer ligando o direito de investigar às reais e concretas possibilidades investigatórias do pretense filho, sem total imprescritibilidade da acção (por exemplo, prevendo um *dies a quo* que não ignore o conhecimento ou a cognoscibilidade das circunstâncias que fundamentam a acção), quer para obstar a situações excepcionais, em que, considerando o contexto social e relacional do investigador, a invocação de um vínculo exclusivamente biológico possa ser abusiva, não sendo de excluir, evidentemente, o tratamento destes casos-limite com um adequado “remédio” excepcional (seja ele específico – cfr. o regime referido do Código Civil de Macau – ou geral, como o abuso do direito, considerando-se ilegítimo desprezar os efeitos pessoais a ponto de se considerar a paternidade como puro interesse patrimonial, a “activar” quando oportuno)”.

Este acórdão foi alvo de recurso - que veio afinal a confirmar a decisão de 2004, dando origem ao acórdão do Plenário n.º11/05<sup>161</sup>, seguindo-se as decisões sumárias n.ºs 114/2005<sup>162</sup> e

---

<sup>157</sup>RAFAEL VALE REIS, *Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, p. 193.

<sup>158</sup>Acórdão n.º 525/2003, de 29.10.2013, processo n.º 735/02, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>159</sup>Acórdão n.º 486/04, de 07.07.2004, processo n.º 192/02, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); e RAFAEL VALE REIS, “*Filho depois...*”, *cit.*, p. 129.

<sup>160</sup>A fundamentação para a consideração da inconstitucionalidade teria a ver com o facto de “o prazo de dois anos em causa se esgota normalmente num momento em que, por natureza, o investigador não é ainda, naturalmente, uma pessoa experiente e inteiramente madura (...) E, sobretudo, que tal prazo pode começar a correr, e terminar, sem que existam quaisquer possibilidades concretas de – ou apenas justificação para – interposição da acção de investigação de paternidade, seja por não existirem ou não serem conhecidos nenhuns elementos sobre a identidade do pretense pai (os quais só surgem mais tarde), seja simplesmente por, v.g., no ambiente social e familiar do filho ser ocultada a sua verdadeira paternidade, ou não existir justificação para pôr em causa a paternidade de quem sempre tenha tratado o investigador como filho.

<sup>161</sup>Acórdão n.º 11/05, de 12.01.2005, processo n.º 192/02, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>162</sup>Decisão Sumária n.º 114/2005, de 09.03.2005, processo n.º 173/05, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

288/2005<sup>163</sup> que julgaram também inconstitucional o n.º 1 do artigo 1817.º CC, com os fundamentos invocados nas decisões anteriores. Posto este entendimento, tomado corrente na jurisprudência constitucional, o Tribunal através do acórdão n.º 23/2006<sup>164</sup>, de 10 de Janeiro, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral<sup>165</sup>, do prazo de dois anos previsto no artigo 1817.º n.º 1, aplicável por remissão do artigo 1873.º CC<sup>166</sup> por violar os artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1 e 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP, tendo reproduzido a fundamentação dos acórdãos que estiveram na base desta declaração. Ao ponderar os interesses do suposto pai e do filho na investigação concluiu que: “pode duvidar-se que o pretense progenitor mereça uma protecção da segurança da sua vida patrimonial que justifique a regra da exclusão do direito do investigante, logo a partir dos 20 anos e sem consideração de outras circunstâncias, a saber quem é o seu pai.(...) e também não se vê que possa só por si a protecção do interesse na paz e harmonia da família conjugal que pode ter sido constituída pelo pretense pai considerar-se decisiva”. Os juízes fizeram questão de salientar que apesar de durante mais de quinze anos defenderem a constitucionalidade do prazo de dois anos, nunca negaram a existência de um direito fundamental ao conhecimento das origens biológicas, simplesmente admitiam-se outros valores também dignos de tutela.

Este acórdão consolidou uma viragem jurisprudencial.

Com o acórdão n.º 23/2006, o prazo de dois anos não mais pôde ser aplicado<sup>167</sup> e apenas

---

<sup>163</sup>Decisão Sumária n.º 288/2005, de 04.08.2005, processo n.º 331/05, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>164</sup>Acórdão n.º 23/2006, Processo n.º 885/2005, publicado no Diário da República, I série-A n.º 28 de 08.02.2006.

<sup>165</sup>Para que uma norma seja declarada inconstitucional com força obrigatória geral é necessário que tenha sido julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos (artigo 281.º, n.º 3 CRP). Sendo julgada inconstitucional, a norma não mais pode ser aplicada (artigo 282.º, n.º 1 CRP). Para mais desenvolvimentos sobre o tema da inconstitucionalidade com força obrigatória geral ver, entre outros, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

<sup>166</sup>Na opinião de JORGE DUARTE PINHEIRO, a decisão do acórdão foi “demasiado tímida” pois não concluiu sobre a admissibilidade ou não de todo e qualquer prazo de caducidade. Tendo deixado essa possibilidade em aberto “a erosão da prescritibilidade, em vez da sua eliminação ou invalidação total e imediata, cria alguma insegurança e não propicia a construção de instrumentos aptos a enfrentar iniquidades conexas com a evolução que se está a desenrolar para um sistema em que não há constrangimentos temporais ao reconhecimento judicial da paternidade ou maternidade” – cfr. *O Direito...*, cit., p.171 - nota 255; e *“Inconstitucionalidade...”*, cit., p.48. Além disso, o acórdão apreciou o prazo do n.º 1 do artigo 1817.º CC mas nada disse sobre os prazos dos restantes n.ºs do artigo, e que estavam dele dependentes. RAFAEL VALE REIS julga ser de aplicar a decisão de inconstitucionalidade a todas normas que tenham como pressuposto a que foi declarada inconstitucional, como era o caso dos restantes números do artigo 1817.º CC – cfr. *“Direito ao conhecimento das origens genéticas-desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português” in Ministério Público*, 116, Ano 29, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2008, p. 198 - nota 27.

<sup>167</sup>J.P. REMÉDIO MARQUES ainda questiona se a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma determina sempre a repristinação das normas que haja revogado, tal como refere o artigo 282.º n.º 1 da CRP para concluir que se assim fosse “o efeito repristinatório (da) decisão do Tribunal

em 2009 surgiu uma nova lei - a lei nº14/2009 de 1 de Abril - a estender o prazo até aos vinte e oito anos de vida do investigante. Assim, durante três anos, na ausência de lei habilitante foi entendimento uniforme da jurisprudência a não submissão da ação a prazo, seguindo assim o entendimento maioritário da doutrina mais influente.

Com a entrada em vigor da nova lei, o artigo 1817.º CC ganhou uma nova redação. O prazo para propositura da ação de investigação da maternidade e paternidade é alargado de dois para dez anos (n.º1), o prazo previsto no n.º2 de um ano foi alargado para três e admitiram-se novos factos que permitem a proposição da ação além dos 10 anos previstos no n.º1 (n.º3).

Apesar do clamor jurisprudencial e doutrinário, ainda assim o legislador não seguiu a opinião dominante da imprescritibilidade das ações de investigação; no entanto, também não explicou os motivos que o levaram a admitir um prolongamento do prazo, já que a nova lei é desprovida de preâmbulo. Pode-se, contudo, afirmar que o prolongamento do prazo veio favorecer ainda assim, o direito do filho investigante em ver estabelecida a sua filiação, porque a ação passa a poder ser intentada até uma idade (vinte e oito anos) em que as pessoas têm já uma maturidade e experiência diferentes da que possuem aos vinte anos. Ora, se a sensibilidade à imaturidade típica da idade foi tida em linha de conta para a fundamentação do acórdão nº 23/2006 também o terá sido para o alargamento do prazo.

Após a entrada em vigor da nova lei, o problema que o legislador tentou resolver com a sua publicação, ganha novo impulso, com os Tribunais ora a julgarem o prazo de dez anos constitucional<sup>168</sup>, ora a defenderem a tese da sua inconstitucionalidade<sup>169</sup>.

O novo movimento jurisprudencial a declarar inconstitucional o prazo de 10 anos levou o Tribunal Constitucional a intervir em 2011 através do acórdão nº 401/2011<sup>170</sup>, de 22 de

---

Constitucional *implicaria* a revivescência do artigo 37.º do Decreto nº2 de 25/12/1910” considerando que os efeitos repristinatórios devem ser rejeitados “atenta a situação de inconstitucionalidade superveniente dessa solução e da irrazoabilidade da sua aplicação” – cfr. “*Caducidade de...*, cit., p. 202.

<sup>168</sup>Acórdãos do STJ de 29.11.2012, processo n.º 367/10.2TBCBC-A.G1.S1; de 09.04.2013, processo n.º 187/09.7TBPFR.P1.S1, de 18.02.2015 processo n.º 4293/10.7TBST.S.P1.S1, de 15.05.2014 processo n.º 3444/11.9TBTVD.L1.S1, de 22.10.2015, processo n.º 1292/09.5TBVVD.G1.S1, de 17.11. 2015, processo n.º 30/14.5TBVCD.P1.S1. Quanto à jurisprudência dos Tribunais da Relação, a título de exemplo: TRL de 13.02.2014, processo n.º 9388/10.4TBCSC.L1-2 – acórdãos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>169</sup>Acórdãos do STJ de 07.07.2009, processo n.º 1124/05.3TBLGS.S1, de 08.06.2010, processo n.º 1847/08.5TULSB.A.L1.S1 (nesta decisão os juízes foram perentórios ao afirmar que os prazos de caducidade, independentemente do seu termo se traduzem numa restrição desproporcionada ao direito à identidade pessoal), de 06.09.2011, processo n.º 1167/10.5TBPTL.S1, de 14.01.2014, processo n.º 155/12.1TBVLC-A.p1.S1. Relativamente à jurisprudência da Relação, apontam-se as decisões do TRL de 09.02.2010 Processo n.º 541/09.4TCSNT.L1, TRP de 15.03.2010 Processo 123/08.8TBMDR.P1, do TRC de 23.06.2009 Processo n.º 1000/06.2TBCNT.C1, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>170</sup>Acórdão n.º 401/2011, de 22.09.2011, processo n.º 497/2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Setembro que não julgou inconstitucional a norma prevista no artigo 1817.º n.º1 CC, na redação da lei nº 14/2009 de 1 de Abril, na parte em que ao aplicar-se às ações de investigação de paternidade por força do preceituado no artigo 1873.º, prevê o prazo de dez anos para acionar o mecanismo da investigação da paternidade após a maioridade ou emancipação, considerando “legítimo que o legislador estabeleça prazos para a propositura da respectiva acção de investigação da paternidade, de modo a que o interesse da segurança jurídica não possa ser posta em causa por uma atitude desinteressada pelo investigador”. O tribunal justificou a sua decisão ao afirmar que “apesar de na atual conjuntura a cada vez mais tardia inserção estável no mundo profissional poder acarretar falta de autonomia financeira(...) a alegada falta de maturidade e experiência do investigador perde muito da sua evidência quando se reporta aos vinte e oito anos de idade ou um pouco mais cedo nos casos de emancipação. Neste escalão etário, o indivíduo já estruturou a sua personalidade (...) já tem tipicamente uma experiência de vida que lhe permite situar-se autonomamente sem dependências externas”. Assim, não considera o prazo estabelecido desproporcional e violador do direito à identidade pessoal no sentido do conhecimento da paternidade biológica previsto no artigo 26.º, n.º1 e o direito a constituir família do artigo 36.º, n.º1 da CRP.

Temos que referir que não concordamos com a opinião professada pelos juízes do Tribunal Constitucional neste acórdão, nem com os que lhe seguiram no mesmo sentido (como o Acórdão nº 247/2012<sup>171</sup>) por considerarmos que a limitação do direito ao conhecimento das origens biológicas pelo estabelecimento do prazo não faz mais sentido numa época caracterizada pelos progressos da Ciência e pelos movimentos sociais em torno da valorização da pessoa e do conhecimento das origens. Tanto a tão afamada *segurança jurídica* de que se valem os pretensos progenitores que não querem ser verdadeiramente pais, como a preocupação com a *proteção do património* não têm hoje a mesma relevância que há uns anos atrás. Ser filho não significa apenas ter direito a uma eventual herança, mas sim é ter direito a estabelecer um vínculo, se não de afeto, pelo menos jurídico. Assim, sujeitar o direito do filho a um prazo é “uma restrição não justificada, desproporcionada” do seu direito. Seguimos por isso de perto a opinião de autores como Jorge Duarte Pinheiro<sup>172</sup>, Rafael Vale Reis, Paula Távora Vitor<sup>173</sup>, Cristina Dias<sup>174</sup> ou Guilherme de Oliveira<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup>Acórdão n.º 247/2012, de 22.05.2012, processo n.º 638/2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que defendeu que o regime de prazos seguido pela Lei n.º 14/2009 garante ao filho o tempo necessário para refletir sobre a vontade de instaurar ou não a ação de investigação da paternidade ou maternidade e bem assim a conformidade desses prazos com a CRP.

<sup>172</sup>JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito...*, cit., p. 172.

<sup>173</sup>PAULA TÁVORA VÍTOR, “*A propósito da...*”, cit., p. 91.

Salientamos a posição de Jorge Duarte Pinheiro, que defende que o artigo 1817.º n.º1 CC pode ser interpretado num sentido consonante com a CRP. Para essa interpretação, os prazos só necessitam de ser observados se o investigador quiser retirar benefícios sucessórios do estabelecimento da filiação. Se a ação for proposta já depois de caducar o prazo de dez anos, esta é ainda admitida e a filiação estabelecida apenas com efeitos pessoais e desta forma satisfeitos os direitos fundamentais em causa. Relativamente ao facto de estatuto familiar ser por natureza indivisível, considera admitidas derrogações plenamente justificadas. Esta interpretação colocaria o artigo a salvo de juízos de inconstitucionalidade<sup>176</sup>.

Já Guilherme de Oliveira, também acérrimo defensor da imprescritibilidade das ações de investigação, depois de um período em que considerava a exigência de prazo admissível, sugere a aplicação do instituto do abuso de direito do artigo 334.º CC nas situações em que se conseguir provar que o investigador apenas tem interesses patrimoniais na procedência da ação. Nesses casos, o autor seria tratado como se não tivesse o direito que invoca<sup>177178179</sup>.

Quanto a esta sugestão, da qual não nos afastamos, temos que referir que para a sua aplicação prática, os tribunais terão de ter uma especial sensibilidade para aferir em que situações é que o filho intentou a ação apenas com o objetivo de ganhos económicos.

Rafael Vale Reis também sugere a aplicação do abuso de direito.

Carla Amado Gomes, considera que o direito ao estabelecimento dos vínculos de filiação deve estar sujeito a alguns limites, “tendo em conta os interesses colaterais atendíveis como a estabilidade familiar de terceiros ou os seus direitos patrimoniais (de pretensos irmãos)<sup>180</sup>”.

#### 4. OPINIÃO CRÍTICA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados a este ponto do nosso estudo impõe-se referir de forma mais clara e sistemática a nossa opinião sobre o tema analisado, não obstante termos, sempre que tivemos por necessário, já adiantado parte dela ao longo da exposição.

---

<sup>174</sup>CRISTINA DIAS, “Investigação da paternidade e abuso de direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- anotação ao Ac. do STJ, de 09.04.2013, Proc. 187/09 “ in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, janeiro/março, Braga, CEJUR, 2014, p. 32-59.

<sup>175</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das Acções de Investigação” in *Comemorações...*, cit., e “A jurisprudência...”, cit., p. 112.

<sup>176</sup>JORGE DUARTE PINHEIRO, “Inconstitucionalidade...”, cit., p.178-179.

<sup>177</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade...”, cit., p.13.

<sup>178</sup>JORGE DUARTE PINHEIRO encontra vários inconvenientes nesta sugestão como por exemplo, a paralisação total do direito de investigar, sendo na sua opinião mais aceitável permitir a produção de alguns efeitos desse direito, imobilizando então a produção de efeitos patrimoniais, indo um pouco ao encontro da solução consagrada na lei civil de Macau – cfr. *O Direito...*, cit., p.177.

<sup>179</sup>Esta solução já é admitida por alguma jurisprudência. Note-se o acórdão do STJ de 21.09.2010, processo n.º 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1. disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>180</sup>CARLA AMADO GOMES, “Filiação...”, cit., p. 22.

As dúvidas existentes na fixação do prazo de caducidade já não fazem sentido e os argumentos tradicionais não colhem: não há já lugar a receio de envelhecimento das provas, que é facilmente ultrapassado com recurso a exames de ADN. Quanto ao argumento da segurança jurídica dos progenitores, cremos que não tem já o mesmo peso que lhe era conferido pela jurisprudência e doutrina anteriores. A sua sobrevalorização cedeu perante o “movimento científico e social em direcção ao conhecimento das origens (...) e quer o acesso ao direito quer a composição da riqueza mudaram. Muitas das acções que poderiam beneficiar da imprescritibilidade decorreriam hoje, provavelmente, entre autores e réus com meios de fortuna semelhantes<sup>181</sup>”.

As orientações doutrinárias em favor da imprescritibilidade, apesar de não terem adesão directa do legislador, terão ao menos influenciado a sua decisão de alterar o prazo de dois para dez anos. No entanto, apesar do alargamento do prazo as dúvidas relativas à sua constitucionalidade continuam atuais. Feito o nosso estudo, permitimo-nos concluir que os direitos constitucionais à identidade pessoal, a constituir família e à não discriminação dos filhos fruto de relações extramatrimoniais não podem ser dissociados do direito de ação de investigação dos progenitores a todo o tempo, sob pena de serem cerceados sem um motivo verdadeiramente forte e justificativo. Acreditamos que não existe razão mais vigorosa que o conhecimento das nossas origens, da nossa história, dos nossos antepassados; é a origem da pessoa, o seu autoconhecimento e a sua verdade e portanto também a sua dignidade enquanto ser humano que está em causa. Observada a evolução histórica do instituto da investigação da maternidade e paternidade, permitimo-nos avaliar a sua liberalização e caminho aberto para verdade biológica. Analisada a jurisprudência portuguesa sobre a forma como o prazo evoluiu, podemos afirmar apesar de não haver consenso na jurisprudência do STJ (como nota a relatora do acórdão de 15.05.2014, as decisões dos tribunais pendem entre a consideração da constitucionalidade do prazo (a que tem vindo a aderir o TC) e a imprescritibilidade da ação.

É imperativa uma mudança legislativa, em face dos avanços da genética nesta matéria, já não havendo lugar para as dúvidas e incertezas do passado: a verdade do sangue nunca se desvanece, nunca se altera, mantem-se para sempre.

Estamos com Guilherme de Oliveira e com a doutrina praticamente unânime a favor da imprescritibilidade das ações de investigação da paternidade e maternidade, posto o interesse em conhecer os vínculos de filiação. Mas não podemos, todavia, esquecer que a bondade da decisão de imprescritibilidade do prazo pode abrir caminho para decisões de investigação não

---

<sup>181</sup>GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade...”, *cit.*, p. 9 e 11.

apenas baseadas na ânsia de afeto<sup>182</sup> e de procura por uma justiça que apenas nos tribunais pode ser feita. Pode dar origem a intenções excessivas e conspirações astutas de forma a amplificar o arquivo patrimonial de quem investiga, no entanto o argumento de proteção do património para estabelecer prazos de caducidade da ação de investigação é rebatível senão vejamos: nesses casos, devidamente provados somos da opinião que deverá ser utilizado o instituto do abuso do direito, para situações manifestamente excessivas, de forma a restringir o direito de acesso do investigador ao reconhecimento judicial da progenitura. Se os direitos e valores contrapostos nesta matéria (por exemplo, direito a constituir família face ao direito do pai em não reconhecer um filho que por ventura nem queria que nascesse) têm de ser harmonizados face ao direito de conhecer a ascendência biológica, também devem ser harmonizáveis quando o interesse de conhecimento da ascendência seja baseado num interesse patrimonial excessivo.

Posto isto, defendemos a alteração da norma do artigo 1817.º, n.º1 aplicável à investigação de maternidade e de paternidade por remissão do artigo 1873.º CC. As ações devem ser permitidas a todo o tempo, sendo apenas restringidas em situações muito concretas nas quais se consiga aferir a sobreposição manifestamente excessiva do interesse económico do suposto filho face ao interesse meramente pessoal e tendencialmente afetivo do estabelecimento da filiação. Nestas situações de aproveitamento excessivo afigura-se necessário acautelar os interesses dos eventuais herdeiros do suposto progenitor. Salientamos no entanto que em abstrato, a existência de um interesse patrimonial não é errada, sendo necessário atuar caso a caso.

Não nos parece viável um novo alargamento do prazo<sup>183</sup>, tal como aconteceu com a introdução da Lei n.º 14/2009 pois não resolveu o problema que aqui estamos a tratar. A doutrina continuou a considerar maioritariamente que as ações não devem estar sujeitas a prazo e a jurisprudência ainda não assumiu uma posição vincada sobre o assunto, ora julgando inconstitucional a exigência de prazo, ora considerando o mesmo admissível.

---

<sup>182</sup>Que dificilmente encontrarão pois como nota e bem JORGE DUARTE PINHEIRO, “a investigação da maternidade e paternidade dificilmente assegurará o direito do alegado filho a ter uma vida familiar com o pretense progenitor. Em geral não é plausível que o pai ou a mãe, que até à acção de investigação recusava admitir a ligação familiar, venha, com a sentença, a aproximar-se do filho e a assumir o papel de pai ou mãe.” No entanto, mesmo que não constitua um vínculo afetivo com o suposto progenitor, o reconhecimento judicial da sua condição de filho possibilita-lhe a atribuição do nome e eventualmente o progenitor terá de assumir as responsabilidades parentais (falamos das patrimoniais) decorrentes da sua condição. Assim, terá que prover ao sustento do filho até ser maior ou emancipado (artigo 1878.º, n.º1 CC) ou enquanto este não tiver terminado a sua formação profissional, na medida do que seja razoável (artigo 1880.º CC).

<sup>183</sup>Tal como entenderam os juízes do TRC em 11.01.2011. Afirmaram que a melhor solução “seria a fixação pelo intérprete de um prazo de vinte anos, o prazo ordinário da prescrição (artigo 309.º do CC), como ponto de equilíbrio entre os valores e princípios em conflito.”



## - BIBLIOGRAFIA -

ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2004

ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012

BARBAS, Stela, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra, Almedina, 2007

CAPELO, Maria José, “*A reforma processual e as acções de filiação*” in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

CAPELO, Maria José, *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*, Studia Iuridica, 15, Coimbra Editora, 1996

COELHO. F. Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

CORREIA, Paulo, “*Notas sobre o processo de averiguação oficiosa da maternidade/paternidade*” in *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores- Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Coimbra Editora, 2008, p. 7-21.

COSTA, Mário Júlio Almeida, *História do Direito Português*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2008

COSTA, Susana, (S)em nome do pai, disponível em [www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=2306](http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=2306)

COSTA, Susana, *O silencio do ADN quando a verdade biológica é inconveniente*, 2003, disponível em [https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/pdf/26\\_Susana\\_Costa.pdf](https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/pdf/26_Susana_Costa.pdf)

CHORÃO, Mário Bigotte, “*Direito e Inovações Tecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)*” in *O Direito*, Ano 126, III-IV, Coimbra, Almedina, 1994, p. 419-467

DANCHIN, Antoin, *A decifração genética; o que o texto dos genomas revela*, Instituto Piaget, 1998

DIAS, Cristina, “*Investigação da paternidade e abuso de direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- anotação ao Ac. do STJ de 09.04.2013 Proc. 187/09*” in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 45, janeiro/março, Braga, CEJUR, 2014, p. 32-59.

DIAS, Cristina, “*O prazo de dois anos para a acção intentada pelo Ministério Público de investigação da paternidade do artigo 1866.º, n.º 2, do CC*”. *Cordão do Tribunal*

*Constitucional n.º 604/, n.º2, do CC, de 26.11.2015, P. 631/15” in Cadernos de Direito Privado, n.º 52, Outubro/Dezembro, Braga, CEJUR, 2014, p. 48-60.*

DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias* 9.<sup>a</sup> edição revista e ampliada, S. Paulo, revista dos Tribunais, 2013

FERREIRA, Ana Elisabete, “A intangibilidade da identidade genética- um direito humano? Porquê?” *In Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 107-125.

GOMES, Carla Amado, “Filiação, adopção e protecção de menores- Quadro constitucional e notas de jurisprudência” *in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 15-39

LIMA, Pires/Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves, “O Direito à identidade genética do ser humano” *in Studia Iuridica*, 40, Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 263-389.

MADEIRA, Ana Rita, “A acção de investigação da paternidade: caducidade versus imprescritibilidade” *in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010, p. 73-96

MACHADO, Helena, *Moralizar para Identificar. Cenários da investigação judicial da paternidade*, Porto, Edições Afrontamento, 2007

MACHADO, Helena, “*Vaca que anda no monte não tem boi certo*”: uma análise da prática judicial de normalização do comportamento sexual e procriativo da mulher *in Revista Crítica de Ciências Sociais*, N.º 55, Novembro, Editora, 1999, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3596>

MARQUES, Remédio, “*Caducidade da acção de investigação da paternidade. O problema da aplicação imediata de lei n.º 14/2009 de 1 de Abril às ações pendentes*” *in Boletim da Faculdade de Direito Vol. XXXV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 197- 235.

MARQUES, Remédio, “*O prazo de caducidade do n.º1 do artigo 1817.º do Código Civil e a cindibilidade do estado civil: o acórdão do Plenário do tribunal Constitucional n.º 24/2012. A (in)constitucionalidade do artigo 3.º da lei n.º 14/2009 e a sua aplicação às ações pendentes na data do acórdão n.º 23/2006*” *in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 161- 218.

MENDES, João de Castro, *Direito da Família*, Lisboa, AADFL, 1997

MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais, 4.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 2008

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.<sup>a</sup> edição revista atualizada e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18.<sup>a</sup> edição revista e atualizada, Lisboa, Ediforum, 2013

OLIVEIRA, Guilherme de, “*A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família*” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 12, Julho/Dezembro, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 5-14.

OLIVEIRA, Guilherme, “*A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação*” in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 77-94

OLIVEIRA; Guilherme, “*Caducidade das acções de investigação*” in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 49-58 e in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano I, n.º1, 2004, p. 7-13

OLIVEIRA, Guilherme, “*Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional*” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, N.ºs 17 e 18, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 107-115.

OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da paternidade*, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1998

OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da filiação*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1993

OLIVEIRA, Guilherme, *Impugnação da paternidade*, Coimbra, s.n, 1979

OLIVEIRA, Guilherme, *O direito da filiação na jurisprudência recente*, Coimbra, s.n., 1980

OLIVEIRA, Guilherme, “*O estabelecimento da filiação - mudanças recentes e prespectivas*” in *Temas de Direito da Família*, 2.<sup>a</sup> edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 57-75.

OLIVEIRA, Guilherme, “*O sangue, os afectos e a imitação da natureza*” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, N.º 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 5-16.

PESSOA, Ana Raquel, “*Da investigação condicionada à liberdade de investigação da paternidade*” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Local, Almedina, 2012

PIMENTA, José da Costa, *Filiação*, 4.<sup>a</sup> edição, Livraria Petrony, 2001

PINTO, João Fernando Ferreira, *Estabelecimento da Filiação, Prova Pericial, Evolução Jurisprudencial in Maia Jurídica*, Ano II, n.º 2, Maia, Associação Jurídica da Maia, 2004, p. 97-125.

PINTO, Paulo Mota, “*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*” in *Studia Iuridica*, 40, Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra, Coimbra editora, 1999, p. 149- 246.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.<sup>a</sup> edição, AAFDL, Lisboa, 2015

PINHEIRO, Jorge Duarte, “*Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º1 do Código Civil- Ac. do TC de 23/2006 de 10.01.2006*” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, Julho/Setembro, Braga, CEJUR, 2006, p. 32- 52.

REIS, Rafael Vale, *Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

REIS, Rafael Vale, “*Direito ao conhecimento das origens genéticas- desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*” in *Ministério Público*, 116, Ano 29, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2008, p. 189-205.

REIS, Rafael Vale, “*Filho depois dos 20...! Notas ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004 de 7 de Julho*” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, N.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 127-134.

RIBEIRO, Jorge Martins, *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1999

SILVA, Gomes da, “*O Direito da Família no Futuro Código Civil segunda parte*” in *BMJ*, n.º 88, Lisboa, Tipografia da Imprensa Nacional de Publicidade, 1959, p. 63-92.

VÍTOR, Paula Távora, “*A propósito da lei n.º 14/2009, de 1 de Abril: breves considerações*” in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 87-91.